

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA TRIB. BOLOGNA · ISSN 2384-9495 · APRILE 2018

2018/1

Direzione scientifica

Daniel Borrillo, Gilda Ferrando, *Stefano Rodotà*, Robert Wintemute

Direzione editoriale

Marco Gattuso, Barbara Pezzini, Paolo Veronesi

Redazione

Diritto Internazionale: Giacomo Biagioni, Adriana Di Stefano, Luca Paladini, Pietro Pustorino, Chiara Ragni, Livio Scaffidi, Roberto Virzo, Chiara Vitucci

Diritto dell'Unione Europea: Elisabetta Bergamini, Carmelo Danisi, Daniele Gallo, Alexander Schuster

Diritto Costituzionale: Anna Lorenzetti, Iliara Rivera, Francesco Saitto, Angioletta Sperti, Giacomo Viggiani

Identità di genere: Roberta Dameno

Diritto Penale: Luciana Goisis, Luca Morassutto, Marco Pelissero

Diritto Privato: Stefano Celentano, Ines Corti, Leonardo Lenti, Joelle Long, Guido Noto La Diega, Giuseppina Palmeri, Stefania Stefanelli, Anna Maria Tonioni, Monica Velletti

Diritto Comparato: Denise Amram, Mia Caielli, Michele Di Bari, Francesca Brunetta d'Usseaux, Elena Falletti, Anna Maria Lecis Coccu Ortu, Mathias Moschel, Angelo Schillaci, Matteo Winkler

Diritto del Lavoro: Carla Ponterio, Laura Tomasi, Tiziana Vettor

Referees

Emanuela Abbatecola, Rosalba Alessi, Esther Arroyo Amayuelas, Chris Ashford, Marzia Barbera, Vittoria Barsotti, Maria Caterina Baruffi, Roberto Bin, Nerina Boschiero, Giuditta Brunelli, Frances Burton, Ruggiero Cafari Panico, Carlo Casonato, Massimo Cavino, Eleonora Ceccherini, Paolo Cendon, Nicola Cipriani, Roberta Clerici, Giovanni Comandé, Marco Cuniberti, Marilisa D'Amico, Marcella Distefano, Massimo Dogliotti, Emilio Dolcini, Ascensión Elvira Perales, Carla Facchini, Carla Faralli, Vincenzo Ferrari, Arianna Fusaro, Alfredo Galasso, Orsetta Giolo, Victor Luis Gutiérrez Castillo, Francesca Ippolito, Silvia Marino, Francesco Munari, Gaetano Natullo, Silvia Niccolai, Fernanda Nicola, Rosanna Pane, Luigi Pannarale, Baldassare Pastore, Marco Pelissero, Mario Perini, Tamar Pitch, Salvatore Patti, Alessandra Pioggia, Antonio Prunas, Roberto Pucella, Andrea Pugiotto, Roberto Romboli, Giulia Rossolillo, Francesco Salerno, Amedeo Santosuosso, Scott Titshaw, Roberto Toniatti, Elena Urso, Maria Carmela Venuti, Filippo Viglione, Alessandra Viviani, Chiara Volpato, Danaya C. Wright, Andreas R. Ziegler

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvv 2023 n. 4089/14 cron.

Codice ISSN 2384-9495

Direttore responsabile: Beppe Ramina

Impaginazione: Samuele Cavadini

GenIUS, Bologna 40123, via IV Novembre 7
genius@articolo29.it

Sommario

Focus: Frontiere del corpo, frontiere del diritto: la condizione intersessuale e l'inceppamento del sistema

a cura di Anna Lorenzetti

- 6 **Anna Lorenzetti:** Introduzione: Il "trattamento" giuridico della condizione intersessuale
- 12 **Alessandro Comeni:** La condizione intersessuale: una testimonianza
- 17 **Stefania Stefanelli:** Responsabilità genitoriale e tutela del minore intersessuale
- 30 **Giacomo Viggiani:** Appunti per un'epistemologia del sesso anagrafico
- 40 **Giacomo Cardaci:** Il processo di rettificazione dell'atto di nascita della persona intersex

Interventi

- 60 **Gianfrancesco Zanetti:** La "regola del gusto" nel dibattito LGBT
- 68 **Vincenzo Barba:** La tutela della famiglia formata da persone dello stesso sesso
- 85 **Maria Carmela Venuti:** Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente
- 101 **Ilaria Giannecchini:** La genitorialità delle coppie omosessuali nell'ordinamento inglese: diritti e doveri secondo la legge e la *common law* dopo lo *Human Fertilisation And Embryology Act 1990-2008*

Commenti

- 127 **Livio Scaffidi Runchella:** Il riconoscimento e la trascrizione dei matrimoni *same-sex* conclusi all'estero alla luce delle recenti decisioni del Tribunale di Perugia e della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Orlandi ed altri c. Italia*

Osservatorio documenti *a cura di Carmelo Danisi*

- 158 **Corte Interamericana dei Diritti Umani:** *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión consultiva oc-24/17 (solicitada por la República de Costa Rica), 24 Novembre 2017
- 183 **Avvocato Generale della Cgue Melchior Wathelet:** Conclusioni dell'Avvocato Generale della Cgue Melchior Wathelet relative alla causa C 673/16, *Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept contro Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne, Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, 11 gennaio 2018.

Osservatorio decisioni *a cura di Carmelo Danisi*

- 196 **Corte europea dei diritti dell'Uomo:** Sentenza del 14 dicembre 2017, *Orlandi e altri c. Italia*, n. 26431/12, 26742/12, 44057/12 e 60088/12.
- 205 **Germania: Corte costituzionale:** Sentenza del 10 ottobre 2017, prima sezione, BverG 2019/16
- 213 **Austria: Corte costituzionale:** Sentenza 4 dicembre 2017, n. 258
- 220 **Corte costituzionale:** Sentenza del 22 novembre 2017, n. 272
- 234 **Corte di Cassazione, prima sezione civile:** Ordinanza del 18 gennaio 2018, n. 4382
- 242 **Corte d'Appello di Genova, prima sezione civile:** Ordinanza del 1 settembre 2017, n. 1319
- 247 **Tribunale di Perugia, prima sezione civile:** Ordinanza 10 luglio 2017
- 251 **Tribunale di Pescara, sezione civile famiglia:** Ordinanza del 31 gennaio 2018

Focus

*Frontiere del corpo, frontiere del diritto:
la condizione intersessuale
e l'inceppamento del sistema*

Introduzione

Anna Lorenzetti*

Il “trattamento” giuridico della condizione intersessuale

Abstract

Lo scritto introduce gli articoli che compongono il Focus sulla condizione intersessuale e sui diritti costituzionali che chiama in causa, come il diritto alla vita, il diritto alla salute e all'autodeterminazione.

The paper introduces the Focus on intersex condition and on constitutionally protected rights, including the right to life, to self-determination and to the health protection.

Il presente *Focus* raccoglie alcune riflessioni emerse nel corso di un convegno organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Bergamo¹, con l'obiettivo di mettere a tema la complessità delle questioni giuridiche evocate dalla condizione *intersex*; con questa espressione, ci si riferisce alla vicenda umana prima ancora che giuridica di quanti non possono essere univocamente classificati in una delle due categorie sessuate convenzionalmente denominate come femminile o come maschile. Ancora poco presente nel dibattito pubblico italiano, il tema non si limita alla sola prospettiva dei diritti individuali della persona interessata, come il diritto all'autodeterminazione, alla salute e al benessere individuale, all'integrità del proprio corpo e alla vita; sono infatti gli stessi fondamenti impliciti del diritto a essere in qualche modo messi in discussione o quanto meno a dover essere problematizzati dalla condizione intersessuale. Infatti, nella maggior parte degli ordinamenti della *Western legal Tradition*, il diritto quale scienza sociale è tipicamente costruito sul binarismo sessuale, aspetto che genera incertezza sul “trattamento” giuridico, ma prima ancora sanitario delle persone che manifestino variazioni intersessuali². La “soluzione” all'incertezza nell'iscrizione sessuale del “minore” intersessuale³ è rinvenuta nella modifica del corpo, ossia nel suo adeguamento chirurgico – spesso nelle prime settimane di vita e per finalità di natura meramente estetica – a quei canoni che sono considerati “normali” per un corpo considerato maschile o per un corpo considerato femminile. Le ragioni che vengono

* Ricercatrice di Diritto costituzionale, Università di Bergamo.

1 Si tratta di un convegno svoltosi il 10 febbraio 2016, dal titolo *Frontiere del corpo, frontiere del diritto. Il trattamento giuridico della condizione intersessuale*.

2 L. Bernini, *Maschio e Femmina Dio li creò!? Il sabotaggio transmodernista del binarismo sessuale*, Milano, Il Dito e la Luna, 2010, secondo cui «le persone intersessuali sono considerate “intrattabili” dal nostro sistema giuridico e simbolico, e per questa ragione vengono “trattate” dal sistema sanitario».

3 Questa espressione è da intendersi nel significato che assume nelle scienze giuridiche in cui è utilizzata per indicare le persone di età inferiore agli anni 18. Come ampiamente noto, la capacità giuridica delle persone di minore età può essere limitata secondo le modalità previste dalla legge. Ciononostante, occorre evidenziare come la dottrina abbia segnalato il potenziale stigmatizzante di simile termine, suggerendo di sostituirvi altre espressioni (bambini, fanciulli e giovani adulti, secondo il lessico dei documenti internazionali). Si vedano in proposito, le brillanti riflessioni presentate da M.F. Moscati, *Bambini e adolescenti LGBTI: un approccio definitorio e le ragioni di un'indagine giuridica*, nella relazione di apertura del Convegno organizzato dall'associazione Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford, *La tutela giuridica dei bambini e degli adolescenti LGBTI: una prospettiva multidisciplinare*, Venezia 7-8 ottobre 2016.

addotte per provare a giustificare gli interventi praticati senza finalità di natura sanitaria si riferiscono alla supposta “necessità” di ricondurre il corpo entro standard di presunta “normalità” sulla base del presupposto (a-criticamente assunto ma) non dimostrato, per cui diversamente ne sarebbe compromesso il benessere della persona coinvolta⁴. Al contrario, risulta sistematicamente assente la valutazione del reale e concreto interesse del minore, così come la valutazione dei criteri e dei parametri assunti per valutarlo⁵, prospettiva che avvicina la questione al “bisogno” di rispettare modelli e paradigmi di riferimento, implicitamente fatto proprio dalla normativa e dalle prassi. Peraltro, la stessa valutazione dell’adeguatezza o meno di un corpo agli standard (convenzionalmente) assunti per definire un corpo come maschile o come femminile viene, a sua volta, ancorata a valutazioni di natura essenzialmente sociale, a parametri variabili a seconda della società e dell’epoca di riferimento⁶. Il diritto si mostra così in diretta conflittualità rispetto alla condizione intersessuale posto che, per la maggior parte, gli ordinamenti sono costruiti come sistemi che *descrivono* ma di rimando anche *prescrivono*⁷ un dualismo in cui la regola è l’assegnazione a uno dei due sessi e chi non vi rientra una eccezione. L’assunzione del dimorfismo sessuale secondo cui tutte le persone possono (e dunque *devono*) essere classificate come maschio o femmina viene così acriticamente intesa come dato valido per ogni persona, pure a fronte dell’inequivocabile constatazione per cui esistono delle persone che non possono rientrare in questa costruzione dicotomica⁸. Viene inoltre (e ancora una volta a-criticamente) assunta la “retorica della cura”⁹ basata sull’ulteriore presupposto (anch’esso non dimostrato) per cui un corpo difforme dagli standard renderebbe una persona infelice e meno realizzata, con una compromissione del benessere psico-sociale cui è fondamentale porre rimedio mediante la chirurgia.

La vicenda delle persone intersessuali mette così in luce il paradosso di agire in maniera invasiva e irreversibile, assumendo il presunto obiettivo del benessere del minore, senza tuttavia indagare se sia effettivamente garantito. Il benessere infatti viene fondato sull’adeguamento di un corpo ai parametri standard scientificamente assunti per essere considerati femmine o maschi, assumendo il concetto di “normalità”¹⁰, quasi come un dato statistico in nome del quale gli scostamenti sono stigmatizzati e (chirurgicamente) “corretti”. Oltretutto, questo approccio genera quasi una modifica della stessa nozione di persona, appiattita nella sua unica dimensione corporea e sessuale, senza rilievo alcuno, né considerazione delle specificità del caso concreto. Ne risulta dunque una nozione di benessere quasi oggettivata, o comunque interpretata alla luce delle norme sociali e culturali dominanti, senza alcuna valutazione realmente agganciata al caso concreto e alle necessità terapeutiche¹¹, e senza considerare il negativo impatto, a livello fisico e psicologico, che la chirurgia in età precoce produce per l’intera esistenza¹².

La nozione di benessere che emerge dalla trattazione della condizione *intersex* appare così assai distante, per non dire opposta, da quanto prescritto dalla Costituzione che assume la persona come perno del proprio “progetto”, dunque dal principio personalista che certamente si oppone a qualsiasi forma di “oggettivizzazione” dell’individuo, al contrario, valorizzandone la centralità in *ogni* scelta e vicenda che lo vede coinvolta. Diversamente, occorrerebbe ammettere la legittimità di scelte che riguardano il corpo di una persona da parte di soggetti terzi (genitori ma anche operatori sanitari e giudici) con il risultato quasi di “colonizzare” colui o colei del cui corpo e della cui intimità si discute. Tuttavia, la tu-

4 G.N. Callahan, *Between XX and XY. Intersexuality and myth of two sexes*, Chicago, Chicago Review Press 2009.

5 E.K. Feder, *Making Sense of Intersex. Changing Ethical Perspectives in Biomedicine*, Indiana University Press 2015.

6 Per una più ampia trattazione, si consentito rinviare ad A. Lorenzetti, *Intersex People in Italy between Silence of Harmful practices and violation of the best interest of the child*, in A. Lorenzetti, M.F. Moscati, *LGBTI Persons and Access to Justice*, London, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2015, pp. 146 ss.

7 L. Bernini, *Maschio e Femmina Dio li creò!?*, cit.

8 A. Fausto-Sterling, *Sexing the Body: Gender Politics and the Construction of Sexuality*, New York, Basic Books 2000; A. Fausto-Sterling, *The five sexes: why male and female are not enough*, in *The sciences*, vol. 33, n. 2, 1993, pp. 20-21.

9 Così riporta il titolo del lavoro di J.D. Hester, *Intersex and the rhetorics of healing*, in S.E. Sytsma (editor), *Ethics and the Intersex*, Dordrecht, The Netherlands, Springer 2006, pp. 47-71.

10 J.A. Greenberg, *International Legal Developments Protecting the Autonomy Rights of Sexual Minorities. Who Should Determine the Appropriate Treatment for an Intersex Infant?*, in S.E. Sytsma (editor), *Ethics and the Intersex*, cit., pp. 89-90; A. Tamar-Mattis, *Exceptions to the Rule: Curing the Laws Failure to Protect Intersex Infants*, in *21 Berkley Journal of Gender, Law & Justice*, 2006, pp. 59-110.

11 A. Tamar-Mattis, *Exceptions to the Rule*, cit.; G.N. Callahan, *Between XX and XY*, cit., S.J. Kessler, *Lessons from the Intersexed*, New Brunswick, 1998. D. Hermer, *A Moratorium on Intersex Surgeries?*, in *Law, Science, Identity, and Bioethics at a Crossroads*, in *Cardozo Journal of Law and Gender*, 2006, 13(2), pp. 255-272.

12 J.A. Greenberg, *International legal developments*, cit., p. 89, fa riferimento agli studi dell’*American Academy of Pediatrics*.

tela costituzionale della salute, ex art. 32 Cost., non dovrebbe ammettere un asservimento del benessere individuale ad astratti canoni di presunta “normalità”. Al contrario, prioritaria nella (comunque sempre eventuale) scelta terapeutica dovrebbe essere l’integrità del corpo e la non compromissione della vita sociale e relazionale della persona interessata, attuale e futura. A rafforzare questo approdo sono anche i due architrave dello stato costituzionale, ossia i principi di uguaglianza e pari dignità sociale, ex artt. 2 e 3 Cost., che certamente si oppongono a un trattamento irreversibile e violento, in ragione di una condizione personale e alla compromissione del pieno sviluppo della personalità in ragione di una condizione personale, peraltro non scelta, in nome del perseguimento di astratti modelli di riferimento.

Il quadro normativo italiano vede ad oggi soli strumenti di *soft law*, come le Linee Guida elaborate dal Comitato Nazionale per la Bioetica nel trattamento dei soggetti medicalmente considerati come affetti da “disturbi della differenziazione sessuale”¹³, posto che non è stata approvata la proposta di legge che mirava a introdurre una moratoria degli interventi chirurgici per ragioni meramente estetiche¹⁴. Peraltro, per quanto questo documento richieda che ogni intervento sul corpo sia orientato dal principio del miglior interesse del bambino, evitando mutilazioni non medicalmente necessarie e urgenti e informando adeguatamente la famiglia, sembra comunque implicitamente presupporre la necessità di normalizzare i corpi mediante interventi chirurgici e si pone dunque come certamente problematica rispetto al quadro costituzionale¹⁵.

È da precisare come il tema non sia tanto da connettere alla contestazione dell’esigenza di una ascrizione certa e univoca a uno dei due sessi e dunque dell’ascrizione binaria, peraltro comunque messa in discussione in alcuni ordinamenti¹⁶ (e quindi astrattamente possibile a livello giuridico). Piuttosto, va considerato se la corrispondenza, *ex se*, certa e univoca fra caratteri sessuali e assegnazione del sesso anagrafico sia configurabile come valore dotato di copertura costituzionale e prevalente, sempre e comunque, sull’interesse della persona coinvolta, al punto da ammettere interventi invasivi e irreversibili contrari al benessere della persona.

Certamente, ostano ad una funzionalizzazione della persona al binarismo, sempre e comunque, i principi costituzionali che tutelano la salute della persona, nonché l’uguaglianza e la pari dignità sociale. Recuperare la dimensione che chiama in causa la salute come valore costituzionale e come principio nell’analisi di casi che riguardano il corpo si offrirebbe come presidio certo a tutela della persona; così, anche la valorizzazione del principio di autodeterminazione farebbe propendere per una maggiore tutela e per il blocco di interventi chirurgici non necessari.

Nel tentativo di lasciare affiorare la complessità del tema, il *Focus* accoglie, in primo luogo, la voce di chi ha vissuto sul proprio corpo le brutali modalità del trattamento riservato alla condizione intersessuale. Infatti, diversamente dai precedenti *Focus*, la redazione ha scelto di aprire l’approfondimento con la testimonianza di Alessandro Comeni, attivista *intersex*, che conduce il lettore negli aspetti più crudi generati dalla prassi dei trattamenti chirurgici praticati su corpi di neonati, spesso a prescindere da reali esigenze di salute. Con la voce dei “soli veri esperti della materia”, ossia le persone intersessuali che sul proprio corpo e nella propria vita incontrano la inumanità del trattamento, Comeni affronta criticamente anche i recenti approdi di alcuni sistemi giuridici che, nell’introdurre un “terzo sesso” come opzione alternativa all’assegnazione maschile o femminile, in realtà rischia di stigmatizzare ancor più

13 Comitato nazionale per la Bioetica, *I disturbi della differenziazione sessuale*, parere del 25.2.2010, disponibile in www.governo.it/bioetica/pareri.html (ultimo accesso: 15.03.2018).

14 A.C. 246; A.S. 392; A.S. 405, proposte di modifica alla legge in materia di cambiamento di sesso (l. 164/1982), depositate nel corso della XVII legislatura («Norme in materia di modificazione dell’attribuzione di sesso»), che prevedono la moratoria completa per gli interventi chirurgici, fatte salve esigenze di salute urgenti. L’approvazione di una simile normativa avrebbe apportato un sicuro beneficio alla salute delle persone intersessuali che non sarebbero più state sottoposte a trattamenti irreversibili e invasivi, se non realmente necessari per il loro benessere.

15 Peraltro, la possibile incertezza dei caratteri sessuali è ben presente nella scienza medica e nelle prassi ospedaliere, come confermato dal fatto che nelle schede in uso in alcune strutture sanitarie è invece presente la possibilità di indicare l’eventuale ambiguità dei genitali, in cui alle due caselle per l’assegnazione del sesso anagrafico (maschile/femminile) si affiancano tre opzioni riferite all’apparato genitale (ossia genitali maschili, femminili, ambigui).

16 Alcuni ordinamenti hanno recentemente ammesso una terza possibilità rispetto all’assegnazione del sesso femminile o di quello maschile. Ad esempio, l’ordinamento tedesco, dal novembre 2013, consente di indicare la dizione del “sesso incerto” (*Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften – Personenstandsrecht – Änderungsgesetz – PStRÄndG*) che ha modificato anche l’art. 22 della legge sullo stato delle persone (*PStG – Personenstandsgesetz*). Per il testo della legge: www.bgbl.de/banzxaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl113s1122.pdf (ultimo accesso: 15.03.2018), mentre per il testo del PStG, come modificato: www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/pstg/gesamt.pdf (ultimo accesso: 15.03.2018). In Australia, una interessante pronuncia della *High Court* del 2 aprile 2014 (caso *NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie*) ha riconosciuto la possibilità di essere classificati come *non specific*: il Governo australiano aveva approvato un documento a riguardo – le *Guidelines on the Recognition of Sex and Gender* – già nel luglio 2013.

la condizione di chi non possa essere ricondotto univocamente a queste categorie. La scelta di avviare il *Focus* proprio a partire dalle parole di una delle persone del cui corpo e della cui vita si discute è stata dettata dalla volontà di restituire voce a chi non l'ha mai avuta e continua a non averne. Appariva dunque quasi una "esigenza" offrire a queste parole una primazia, anche sul piano simbolico, rispetto alla pure ovviamente rilevante trattazione giuridica che segue.

Introdotti al cuore del problema dalle parole di Comeni, il *Focus* si snoda poi attraverso alcuni percorsi particolarmente significativi che mettono a tema le questioni di maggiore spessore e complessità. L'ambito privatistico certamente mostra una considerevole complessità di analisi, laddove considera la responsabilità genitoriale e la tutela del minore intersessuale *dalla* famiglia in cui è inserito, come pure del consenso informato ai trattamenti chirurgici, temi affrontati dal testo di Stefania Stefanelli. La questione si pone come particolarmente problematica alla luce delle prassi che mostrano una non piena consapevolezza circa le conseguenze che verranno a generarsi quando si acconsente a un trattamento medico-sanitario; questa inconsapevolezza emerge non soltanto da parte della persona interessata che, spesso neonata, è ovviamente incapace di intendere e di volere e non può dunque esprimere il proprio consenso, ma anche di chi ha la titolarità delle scelte (genitori o comunque coloro che esercitano la responsabilità genitoriale) sui corpi coinvolti¹⁷. Spesso viene segnalata dalle prassi una sorta di egemonia da parte dei medici nel decidere *l'an* e il *quomodo* dell'intervento ricordando, come drammaticamente evidenzia Comeni, che l'assegnazione ai genitori delle scelte sul trattamento chirurgico non tiene conto di come spesso essi possano essere influenzati e condizionati dai propri desideri e ambizioni; si pensi, quale esempio, all'umano desiderio di avere un figlio che rientri nella "norma" e nella "normalità", che spesso conduce ad autorizzare interventi chirurgici per "inseguire" una presunta perfezione del corpo e senza contezza delle conseguenze che ciò produrrà per l'intera esistenza. In proposito, occorre comunque considerare che il consenso di chi esercita la responsabilità genitoriale non potrebbe certamente giustificare pratiche lesive dell'integrità del minore e merita dunque di essere contestato *in nuce*. Peraltro, trattandosi di trattamenti medico-chirurgici, non può non considerarsi il corto circuito che si genera nella prospettiva costituzionale *ex art. 32 Cost.*, nella misura in cui appare certo che gli interventi chirurgici non garantiscono affatto il benessere della persona che li subisce, né "curano" l'intersessualità della persona, al contrario spesso generando un deterioramento della qualità della vita, come mostrato dagli studi prodotti in altri contesti¹⁸.

Per quanto il *Focus* non ambisca a porsi come "soluzione" ai problemi messi in evidenza dalla condizione *intersex*, intende tuttavia avviare una riflessione sulle possibili alternative: tra queste, vi è certamente l'introduzione di un divieto espresso di interventi chirurgici meramente estetici, seguendo l'esempio di Malta, in cui al minore è consentito di seguire lo sviluppo "naturale" del suo corpo così che, una volta adulto, possa decidere autonomamente *l'an* e il *quomodo* di qualsiasi scelta di natura sanitaria¹⁹.

Per quanto emerga con evidenza la tensione rispetto all'obbligo, alla nascita, di assegnare un sesso anagrafico femminile o maschile²⁰ e un nome a esso corrispondente²¹, è certo che questa regola non può

17 A. Tamar-Mattis, *Exceptions to the Rule*, cit., pp. 79 ss., parla in proposito di un "conflitto di interessi". Sul tema, sia consentito segnalare anche, A. Lorenzetti, *La problematica dimensione delle scelte dei genitori sulla prole: il caso dell'intersessualismo*, disponibile in https://www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Anna_Lorenzetti_-_La_problematica_dimensione_delle_scelte_dei_genitori_sulla_prole_il_caso_dell_interseksualismo.pdf (ultimo accesso: 15.03.2018).

18 J.A. Greenberg, *International Legal Developments*, cit., p. 92 e A. Domurat Dreger, *Intersex and Human Rights. The Long View*, in S.E. Sysma (editor), *Ethics and the Intersex*, cit., pp. 73-86; A. Tamar-Mattis, *Exceptions to the Rule*, cit., 79. Neppure potrebbe intendersi la cura nel senso che l'intersessualità venga a scomparire, posto che si tratta di una condizione tendenzialmente immutabile e che può essere "curata" nella sola esteriorità del corpo.

19 "Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act" (GIGESC ACT No. XI of 2015, 14.04.2015, disponibile all'indirizzo <http://www.parlament.mt/billdetails?bid=494&l=1&legcat=13>, ultimo accesso: 15.03.2018) che vieta la riassegnazione sessuale e ogni tipo di intervento chirurgico sui caratteri sessuali di un minore, qualora possa essere rinviato fino all'età del consenso informato (par. 15). Sul tema, v. M. Travis, *Accommodating Intersexuality in European Anti-discrimination Law*, in *European Law Journal: Review of European Law in Context*, 2014. Nello specificare che gli interventi guidati da fattori sociali sono in contrasto con la legge, si prevede tuttavia, in via eccezionale, la possibilità di autorizzare l'intervento in presenza del consenso da parte di un organismo interdisciplinare di nomina ministeriale e delle persone che esercitano l'autorità genitoriale o del curatore della persona minorenne, qualora quest'ultima non sia in grado di esprimere il consenso.

20 Il D.P.R. 3 novembre 2000 n. 396 (art. 30) richiede che la dichiarazione di nascita sia fatta entro tre giorni dal parto presso la Direzione Sanitaria dell'Ospedale o casa di cura dove è avvenuto il parto o alternativamente entro dieci giorni presso l'Ufficio di Stato Civile del Comune ove il bimbo è nato o del comune di residenza dei genitori. Nella dichiarazione è richiesta anche esplicitamente l'indicazione del "sesso del bambino" (art. 29).

21 *Ex art. 35, D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, «il nome imposto al bambino deve corrispondere al sesso».*

divenire la “giustificazione” di pratiche violente e invasive su un corpo medicalmente sano. Alternativamente, si potrebbe pensare a un loro adattamento, ad esempio assegnando un sesso (e un nome ad esso corrispondente), seguendo il “sesso prevalente” e sospendendo qualsiasi intervento chirurgico. La sola astensione dagli interventi chirurgici motivati da finalità estetiche rappresenterebbe già un importante risultato, peraltro invocato a gran voce dagli organismi sovranazionali e dall’associazionismo intersessuale.

Su questi profili intervengono i contributi di Giacomo Cardaci e Giacomo Viggiani, da leggere quasi in simultanea, in quanto affrontano questioni di natura processuale sotto due diverse prospettive. Cardaci mette a tema i profili che riguardano la possibilità per il minore intersessuale di accedere a un procedimento di modifica del sesso anagrafico senza sottostare alle regole dettate dalla legge in materia di rettificazione anagrafica di sesso, l. 164 del 1982²², percorso temporalmente lungo, giuridicamente ed emotivamente complesso, oltre che oneroso²³. Si tratta peraltro di un cammino pensato per una condizione assai diversa da quella intersessuale, che ad esempio potrebbe non avere necessità di sottoporsi a interventi chirurgici. Cardaci avanza così la proposta di consentire la modifica anagrafica mediante un’azione di stato innominata, volta a mutare lo *status* di maschio o di femmina del soggetto intersessuale; in alternativa, avanza l’idea di un’azione di rettifica volta a una mera correzione di quanto riportato nell’atto di nascita, argomentando le ipotesi a seconda che si consideri il sesso anagrafico come uno *status personae* o come una qualità della persona. Con grande sapienza argomentativa, l’autore affronta in particolare le modalità concrete di atteggiarsi dell’azione nei suoi presupposti, circa le questioni che attengono alla legittimazione attiva, nei profili probatori, nei suoi effetti.

Il contributo di Viggiani si pone quasi in diretto dialogo con le ipotesi di Cardaci, proponendo delle vie alternative nel dettare *Appunti per un’epistemologia del sesso anagrafico* e indagando quale sia il corrispettivo fenomenico del sesso anagrafico e di converso, su quale base si debba (o possa?) attribuire il sesso anagrafico. Come ricorda l’autore, si tratta di interrogativi di capitale importanza, posto che non può accogliersi una richiesta di rettifica di attribuzione di sesso né ricusarla, se prima non si trova un accordo su quale sia il sesso (cromosomico, fenotipico o psichico) da tenere come parametro di verità per la rettificazione stessa.

Il tema della condizione intersessuale si presterebbe anche a una analisi rispetto al trattamento giuridico nel quadro sovranazionale e comparato che tuttavia non è specificamente affrontato nel *Focus*, se non attraverso le parole di Alessandro Comeni, che richiama alcune normative e ricordando la recente pronuncia del Tribunale costituzionale tedesco che ha indicato al legislatore la necessità di una modifica legislativa²⁴.

In Italia non sembrano all’orizzonte modifiche normative analoghe a quelle intervenute in altri ordinamenti, essendo peraltro decaduta la proposta di legge che mirava alla moratoria degli interventi chirurgici, presentata nella precedente legislatura ma mai calendarizzata²⁵. Anche il Comitato nazionale di Bioetica aveva proposto, tra le proprie raccomandazioni, di indicare alla nascita «una “annotazione” riservata, fondata su rigorosa e completa certificazione medica della patologia di cui soffre il neonato, così da consentire in seguito – se necessario – una rettificazione dell’indicazione anagrafica attraverso una procedura semplificata» rispetto a quella prevista in caso di transessualismo dalla l. 164/1982. Analogamente a quanto evidenziato da Comeni circa le normative straniere che introducono il terzo sesso, questa soluzione appare rischiosa, in quanto produce effetti quasi peggiori del problema cui intende porre rimedio; evidente è il potenziale stigmatizzante che sottointende, “segnando” come “differente”, e dunque implicitamente marcata da disvalore, la persona intersessuale, imponendosi peraltro anche a prescindere dalla sua volontà.

Come emerge dai diversi contributi accolti, la condizione intersessuale mostra dunque con grande nettezza la difficoltà di “trattare” giuridicamente la condizione intersessuale mettendo a rischio la

22 In Italia, la possibilità di modificare il proprio sesso è riconosciuta dalla legge 164 del 1982, introdotta per regolare la condizione delle persone transessuali. La sua applicazione anche ai casi di intersessualità obbligherebbe la persona a doversi sottoporre all’articolato percorso delineato in parte dalla legge, in parte dalle prassi. Sul tema, sia consentito rinviare al mio *Diritti in transito*, Milano, FrancoAngeli, 2013. Poco seguita è invece la possibilità di percorrere la via *ex Titolo XI - Delle procedure giudiziali di rettificazione relative agli atti dello stato civile e delle correzioni*, dell’Ordinamento dello Stato Civile, come un errore nell’assegnazione del sesso alla nascita.

23 L’autore aveva già affrontato il tema, in particolare, v. G. Cardaci, *Per un “giusto processo” di mutamento di sesso*, in *Rivista di diritto di famiglia e delle persone*, 2015, 4, 1459 ss. e *Il processo di accertamento del genere del minore intersessuale*, in *Rivista di Diritto processuale civile*, 2016, 3, p. 688.

24 V. *supra*, nota 16.

25 V. *supra*, nota 14.

pienezza nel godimento di diritti e libertà costituzionalmente garantiti in ragione di una condizione personale.

Conclusivamente, senza esaurire i tanti e differenti profili che la condizione *intersex* chiama in causa nella prospettiva giuridica²⁶, ma anzi con l'ambizione di ospitare in futuro ulteriori contributi che alimentino il dibattito, il *Focus* intende offrire una prima analisi di un tema che mette in luce la profonda conflittualità con il diritto, sollevando l'attenzione su una vicenda umana bisognosa di una riflessione che aiuti nel porre un freno alla pratica invasiva degli interventi chirurgici.

26 Si pensi, *inter alia*, non soltanto alle prospettive interdisciplinari, in particolare storiche o sociologiche, ma anche al quadro comparato, ai temi che gravitano attorno alle azioni riparatorie e di risarcimento del danno, alla dimensione di tutela sovranazionale, e ancora ai profili penalistici.

Alessandro Comeni*

La condizione intersessuale: una testimonianza

Abstract

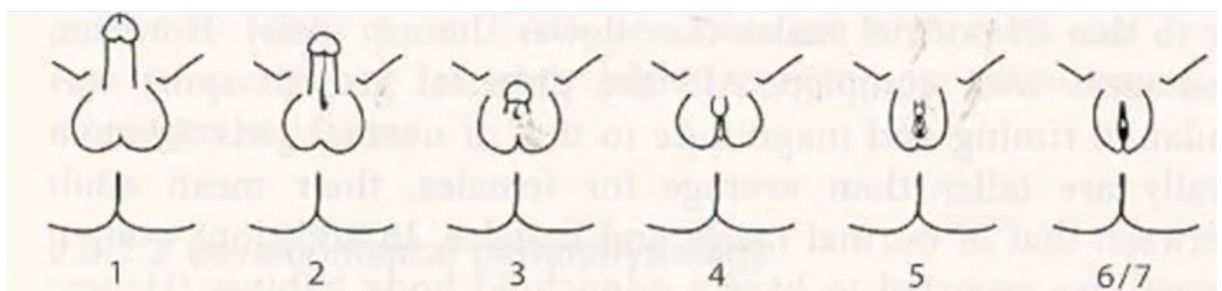
L'articolo raccoglie la narrazione di Alessandro Comeni, attivista intersex italiano; è incentrato sull'approccio giuridico e medico che "impone" la normalizzazione dei corpi delle persone intersessuali, attuati senza alcuna giustificazione medica, ma per sole finalità estetiche, ossia per raggiungere un corpo perfettamente maschile o femminile.

The paper reports the story of Alessandro Comeni, an Italian intersex activist. It focuses on the current legal approaches and considers the medical practises and protocols which impose the normalization of bodies as to reach a body perfectly male or female.

Mi chiamo Alessandro Comeni, sono un attivista intersex¹ e sono membro del direttivo dell'Associazione Radicale Certi Diritti, di cui sono stato Presidente Onorario per tre anni consecutivi, dal 2014; sono anche tra i fondatori e tra i consiglieri direttivi dell'associazione OII Europe², federazione di associazioni intersex provenienti – ad oggi – da 14 paesi europei, e co-fondatore di OII-Italia, rappresentanza italiana dell'associazione europea.

Sono nato 43 anni fa in un rinomato ospedale italiano; nonostante ciò, la mia nascita ha portato un significativo "scompiglio" generale: a detta dei medici, presentavo dei genitali atipici, definiti "ambigui", e il mio caso, da protocollo medico, doveva essere trattato come "un'emergenza".

Ho scoperto in età adulta che, per l'analisi di questi casi, esiste una vera e propria "scala di valutazione", rappresentata da un disegno che raffigura un pene considerato "normale" che gradualmente, attraverso 4 passaggi intermedi, diventa una vagina considerata "normale".



* Attivista intersex dal 2009; nel 2012 co-fondatore e tuttoggi Steering board member di OII Europe, nel 2013 co-fondatore del collettivo intersexioni da cui esce nel 2016; nel 2017 co-fondatore OII-Italia; eletto Presidente Onorario dell'Associazione Radicale Certi Diritti per gli anni 2015-16-17, di cui è membro del Consiglio Direttivo.

1 Il termine Intersex fu coniato nel 1917 dal genetista Richard Benedict Goldschmidt e successivamente sostituito da altre definizioni mediche. Da circa vent'anni, è stato prescelto dagli attivisti per autodefinirsi, in contrapposizione con la definizione medica ritenuta altamente patologizzante. Viene intesa come scienza sociale, usata per promulgare diritti umani, uguaglianza, inclusione, e per promuovere la de-medicalizzazione.

2 Organization Intersex International Europe, fondata il 10 dicembre 2012, <http://www.oii-europe.org>.

Quindi, ho imparato che il test per l'indice di *Apgar*³, ben più e giustamente famoso, non è l'unico test di valutazione somministrato dai medici quando si viene al mondo.

La nascita di bambini come me viene trattata a tutt'oggi come una vera "emergenza sociale", e ancora, purtroppo, la pratica più diffusa è quella di utilizzare terapie chirurgiche cosmetiche per adeguare l'aspetto dei genitali alle tipiche nozioni binarie di maschio e femmina, molto spesso accompagnate da terapie farmacologiche e psicoterapeutiche tese a rinforzare l'assegnazione al sesso stabilito.

Il mio caso purtroppo non è stato un'eccezione.

Sono stato assegnato al genere femminile e sono stato "trattato" con un intervento chirurgico cosmetico precoce, seguito da numerose visite mediche in età infantile e da un trattamento ormonale durato quasi due decenni. Queste "terapie" hanno causato al mio corpo modifiche irreversibili (ovvio per la chirurgia, spesso meno scontato e sottovalutato per la somministrazione farmacologica), traumi psicologici importanti, problemi di salute di varia natura.

In numerose testimonianze, le persone intersex raccontano di genitali sfregiati e non funzionali, sterilità, dolore cronico, perdita importante o totale di sensibilità genitale, incontinenza urinaria e/o fecale, scompensi ormonali... e molto altro ancora.

Nessuno dei trattamenti praticati sul mio corpo è stato eseguito sulla base di un mio pieno consenso informato: sono venuto a conoscenza della natura dei trattamenti che avevo subito solo al momento della loro interruzione, stavolta sì, volontaria, in età adulta.

Negli anni, ho scoperto che una percentuale impressionante (praticamente il 100%) delle persone intersex che ho conosciuto, non ha mai dato il suo personale pieno consenso informato ai trattamenti subiti.

Il mio vissuto mi ha portato a un progressivo volontario allontanamento dall'ambiente sanitario, sia a causa del trauma subito, sia della pesantissima spersonalizzazione e reificazione che gli individui intersex come me subiscono ogni volta che si avvicinano al sistema sanitario. Le ragioni sono probabilmente da ricondurre all'enorme lacuna di informazioni, presente anche in ambiente medico, e non soltanto sulle questioni problematiche in tema di intersex, ma sugli stessi corpi che presentano variazioni delle caratteristiche sessuali, cosa che inevitabilmente si rifletterà sulla qualità delle cure e delle terapie.

La percezione piuttosto diffusa tra le persone intersex è che molto spesso le pratiche mediche consistano più in "atti di fede", che in procedure sviluppate sull'esperienza e casistica esistenti⁴.

Questo stesso percorso di presa di coscienza mi ha portato ad avvicinarmi all'associazionismo per la lotta per i diritti umani, diventando un attivista intersex.

Negli anni, ho potuto incontrare molti altri attivisti intersex di numerosi paesi europei e mondiali e ho avuto la possibilità di confrontare dati e situazioni di diversa provenienza, nonché di accedere a ricerche e pubblicazioni per me, oggi, fondamentali per la mia storia ed il mio attivismo.

Ad esempio in Olanda, nel 2014, il *Netherlands Institute for Social Research* ha pubblicato uno studio dal titolo *Living with intersex/DSD – An exploratory Study of the social Situation of Persons with Intersex/DSD*⁵; per la prima volta, a 41 anni, ho avuto la possibilità di avere un'idea precisa, affidabile e basata su prove certe, di quante persone come me ci siano: è stato scioccante anche per me scoprire che lo 0,5% dei nati vivi, cioè 1 bambino su 200 circa ha una variante intersex.

Soprattutto è stato scioccante prendere atto di come il meccanismo di cancellazione, di esclusione di un numero enorme di persone funzioni perfettamente, invisibilizzando totalmente una fetta di popolazione non solo dall'esterno, ma anche agli stessi componenti di questo vasto gruppo.

Il passo successivo, naturale per me, è stato di andare ad analizzare questa struttura in profondità; non solo per spiegarne i motivi, ma soprattutto per tentare di trovare qualche possibile punto debole, qualche cerniera che fosse possibile scardinare.

Le principali motivazioni che ho trovato alla origine di questa dinamica risalgono al lavoro del Professor John William Money, nella seconda metà degli anni 900, presso la *Johns Hopkins University* nel Maryland, Stati Uniti.

3 V. Apgar, *A proposal for a new method of evaluation of the newborn infant*, 1953, *Curr. Res. Anesth. Analg.* 32 (4), pp. 260–267.

4 L'argomentazione diffusa è che si tratti di condizioni rare, quindi numericamente ridotte.

5 *Netherlands Institute for Social Research | SCP The Hague, August 2014*. Lo studio consta di un'indagine puramente sociologica e della spiegazione di alcune delle più comuni "sindromi", nonché di un indice di prevalenza. Nell'appendice B, infatti, sono pubblicati i dati risultanti dalla raccolta e somma delle percentuali di nascite sul territorio di bambini diagnosticati con le più comuni condizioni intersex.

La teoria posta alla base del suo lavoro, raccolta in un volume divenuto testo universitario⁶, costituisce ancora oggi la base della maggioranza dei protocolli medici di trattamento delle persone intersex; nonostante oramai da decenni sia stato dimostrato che quella teoria fosse scientificamente errata⁷.

Unitamente al fattore culturale, questi protocolli medici quantomeno obsoleti svolgono attivamente un ruolo primario nella cancellazione della varietà intersex della popolazione e sono conseguentemente concausa dell'assoluto vuoto giuridico – quindi dell'assenza di tutela – che, in Italia, riguarda indicativamente 300.000 persone.

Era inevitabile che queste persone prima o poi iniziassero a far sentire la loro voce e a reclamare i diritti loro negati, riunendosi in gruppi progressivamente più organizzati; ed era anche inevitabile che questo fenomeno investisse anche l'Italia, prima o poi. L'attivismo intersex ha iniziato a svilupparsi e strutturarsi negli anni '90 nel nord America, espandendosi in Europa e giungendo nel nostro paese nel 2009, dove la situazione associazionistica era stata, fino ad allora, improntata più alla richiesta di dialogo con la classe medica che alla rivendicazione dei diritti umani fondamentali.

Essenziale punto di svolta anche per l'Italia è stata la fondazione della Federazione europea di associazioni intersex OII Europe, che non solo ha permesso uno scambio più rapido di buone pratiche o la disponibilità di pubblicazioni e materiale informativo (continuando tutt'oggi a fornire le risorse per la traduzione e distribuzione di questo materiale in tutta Europa), ma ha soprattutto permesso all'attivismo di arrivare in sedi internazionali come la Commissione Europea e le Nazioni Unite.

Altro merito importante di OII Europe è di avere permesso all'*Advocacy* di impostare un approccio inverso a quello tradizionale. Tradizionalmente, infatti, il percorso di sviluppo dell'*Advocacy* prevede come punto di partenza l'aggregazione dei soggetti, poi la costituzione in associazioni, l'avvio di progetti in sede locale, regionale e nazionale, lo sviluppo di protocolli; si propone, inoltre, di promuovere leggi nazionali e infine internazionali. Al contrario, la federazione Europea intersex parte dall'ingaggio di organismo internazionali per ottenere, a cascata, effetti sui territori nazionali e capillarmente arrivare ai singoli individui. L'esperienza degli attivisti ci ha insegnato che il primo approccio tende a integrare il gruppo all'interno della comunità (mantenendolo in qualche modo comunque separato); il secondo tende a includere gli individui come soggetti componenti la collettività.

Un recente studio australiano condotto in cooperazione con attivisti intersex⁸, mostra l'alta incidenza dell'abbandono scolastico da parte di bambini e ragazzi intersex, dovuto in parte al prevedibile bullismo a cui possono essere frequentemente sottoposti, ma soprattutto alle spesso ripetute ospedalizzazioni e ai trattamenti medici, che incidono negativamente sia sulle frequenze scolastiche, sia sul tempo che questi possono dedicare allo studio, e presumibilmente sul loro benessere psico-fisico. Tutto ciò si riflette inevitabilmente sul livello di istruzione e formazione delle persone e quindi sulle loro possibilità di successo a livello lavorativo e professionale: infatti, la stessa ricerca riporta che circa l'80% delle persone intersex che hanno partecipato allo studio percepisce un salario annuale inferiore a 60.000 dollari australiani (il 40% è addirittura sotto i 20.000) contro una media di 80.000 per il resto della popolazione.

Grazie al lavoro delle associazioni costituite dagli attivisti intersex, numerosi sono stati gli enti e le Commissioni Internazionali che si sono pronunciati sulla questione intersex; per citarne alcuni: la CAT, Commissione delle Nazioni Unite contro la Tortura (2011, 2015, 2016); il Consiglio per gli Affari Esteri dell'Unione Europea (2013); la PACE, Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa (2013, 2017); la FRA, Agenzia Europea per i Diritti Fondamentali (2013); l'OMS, Organizzazione Mondiale della Sanità, congiuntamente con OHCHR⁹, UNAIDS¹⁰, UNDP¹¹, UNFPA¹² e UNICEF¹³ (2014); l'OHCHR, Ufficio dell'Alto Commissario per i Diritti Umani delle Nazioni Unite (2015); il Commissario per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa (2015); la CRPD, Commissione per i Diritti delle Persone con Disabilità (2015, 2016, 2017); la CRC, Commissione delle Nazioni Unite per i diritti dei Bambini (2015, 2016, 2017); la CE-

6 J. Money, A.A. Ehrhardt, *Uomo, Donna, Ragazzo, Ragazza*, Milano, Feltrinelli, 1972.

7 M.Diamond, H.K.Sigmundson, *Sex reassignment at birth. Long-term review and clinical implications*, in *Archives of Pediatric and Adolescent Medicine*, 1997, Mar, 151, 3, pp. 298–304.

8 T. Jones, B. Hart, M. Carpenter, G. Ansara, W. Leonard, J. Lucke, *Intersex: Stories and Statistics from Australia*, Cambridge, Open Book Publishers, 2016.

9 Office of the High Commissioner for Human Rights, Ufficio dell'Alto Commissario per i Diritti Umani delle Nazioni Unite

10 Programma Congiunto delle Nazioni Unite HIV / AIDS.

11 Programma di sviluppo delle Nazioni Unite.

12 Fondo per la popolazione delle Nazioni Unite.

13 Fondo delle Nazioni Unite per bambini.

DAW, Commissione per l'Eliminazione delle Discriminazioni contro le Donne (2016, 2017); la HRCtee - CCPR, Commissione per i Diritti Umani delle Nazioni Unite (2017).

Nonostante questo, ancora troppo poche sono state le normative approvate per la tutela delle persone intersex in Europa, anche con risultati discutibili: ad esempio, nel 2013, in Germania è stata approvata una legge¹⁴ che stabilisce la (temporanea) non assegnazione di genere/ sesso per i bambini che mostrino una atipicità genitale importante. Già da subito, gli attivisti intersex hanno avuto forti dubbi, in termini di protezione per le persone intersex, sull'efficacia di questa legge, ritenendola persino controproducente quanto al potenziale aumento di stigmatizzazione della diversità, adesso anche formale ed esplicitata.

Questi timori sono stati confermati anche dallo studio del 2016 di Ulrike Kloeppel¹⁵, «Sulla corrente situazione della chirurgia cosmetica dell'ambiguità genitale nell'infanzia»¹⁶, che offre una valutazione retrospettiva dei dati casistici ospedalieri sulla chirurgia genitale "femminilizzante" e "mascolinizzante" praticata negli ospedali tedeschi tra il 2005 e il 2014. Lo studio si focalizza su bambini di età inferiore ai 10 anni diagnosticati con DSD (Disturbi della Differenziazione Sessuale)¹⁷ e dimostra che, in totale, la frequenza degli interventi chirurgici cosmetici genitali nell'infanzia non è calato tra il 2005 e il 2014. Nello stesso periodo, è però avvenuto un rimarcabile cambiamento delle diagnosi alla base della chirurgia: mentre la frequenza delle "classiche" diagnosi intersex (ad esempio pseudo-ermafroditismo m/f) diminuivano, la frequenza di altre diagnosi generiche (raggruppabili nella categoria "non specificata malformazione dei genitali maschili/ femminili") rimanevano costanti o addirittura aumentavano.

Si può ragionevolmente presumere che il fenomeno biologico alla base della manifestazione delle variazioni intersex non sia cambiato, per cui viene spontaneo chiedersi se la mutazione delle diagnosi sia conseguente a un aumento di aborti, a un cambiamento delle pratiche diagnostiche o ancora ad altri fattori.

Uno dei medici intervistati durante lo studio ha osservato come «Nel passato, la diagnosi intersex era la ragione per operare [mentre] Oggi, la non evidenza dell'intersessualità è usata per legittimare la chirurgia. In questo senso, le diagnosi corrispondono – tra le altre cose – alla necessità medica»¹⁸.

Sicuramente le conseguenze del testo di legge tedesco e gli sviluppi conseguenti forniscono agli attivisti molti spunti di riflessione: la recente sentenza della Corte Costituzionale tedesca¹⁹, a seguito di un ricorso, ha di fatto dichiarato come incostituzionale il sistema attuale fondato sul binarismo sessuale, in quanto «non consente alle persone, il cui sviluppo sessuale presenti delle varianti rispetto a uno sviluppo sessuale femminile o maschile e che permanentemente non inquadrino se stesse né nel sesso maschile né nel sesso femminile, alcuna ulteriore positiva registrazione del sesso accanto a quella di "maschile" o "femminile"».

A prima vista l'istituzione di un 'terzo' sesso potrà sembrare un passo fondamentale per la visibilità delle persone intersex e il rispetto dei loro diritti, ma è immediato l'insorgere del timore che la possibilità di autodeterminarsi possa trasformarsi nell'obbligo di essere schedati come "i diversi", aumentando lo stigma invece di cancellarlo.

Non è poi vero che tutte le persone intersex, avendone possibilità, sceglierebbero la terza casella, anzi: il già citato studio australiano²⁰ esplorando anche questo aspetto, riportava che la stragrande maggioranza delle persone intersex si identifica in uno dei due generi tradizionali.

Creare la possibilità, subordinata alla richiesta del soggetto, di registrarsi in una casella "altra" da quelle maschile o femminile, è sicuramente in linea con le richieste dell'attivismo intersex; (anche se resta da vedere quale sarà la "dicitura" prescelta per questa terza casella) ma proprio qui sta il punto: la garanzia dei loro diritti, la salvaguardia e la protezione dell'autodeterminazione delle persone intersex dovrebbero essere obiettivo primario di tutto l'impianto legislativo.

14 Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz – PstRÄndG), approvata il 7 maggio 2013.

15 Pubblicata in lingua tedesca, dal titolo *Zur Aktualität kosmetischer Operationen „uneindeutiger“ Genitalien im Kindesalter* (Bulletin - Texte 42), 2016 [https://www.gender.hu-berlin.de/de/publikationen/gender-bulletins/texte-42/kloeppel-2016_zur-aktualitaet-kosmetischer-genitaloperationen].

16 Libera traduzione dell'autore.

17 *Disorders of Sex Development*, Chicago Consensus Statement - 2006, definizione medica delle variazioni delle caratteristiche sessuali; in italiano DDS, disturbi della differenziazione sessuale.

18 Libera traduzione dell'autore, tratto da U. Klöppel, manca titolo, 2016 [footnote 1], p. 34.

19 Corte costituzionale della Repubblica Federale Tedesca, Sentenza del 10 ottobre 2017, Prima Sezione, BverG 2019/16.

20 T. Jones, B. Hart, M. Carpenter, G. Ansara, W. Leonard, J. Lucke, *Intersex: Stories and Statistics from Australia*, cit.

L'esperienza ha insegnato agli attivisti intersex che anche se prese in buona fede alcune decisioni possono avere effetti anche peggiori dei problemi che si proponevano di risolvere; ed essendo anche gli unici "veri esperti" della tematica, richiedono con crescente forza di essere coinvolti nei processi decisionali che li riguardano.

La stesura di testi di legge non può certo fare eccezione, e numerose associazioni intersex, in tutto il mondo, stanno lavorando a proposte di legge che tutelino i soggetti intersex sulla base delle "caratteristiche di sesso", che vietino le pratiche medico/chirurgiche non consensuali, che stabiliscano adeguati risarcimenti per i soggetti che le abbiano subite in passato.

Altri esempi di legislazioni adottate a tutela delle persone intersex vengono dalla Finlandia e dalla Grecia, che nel 2015 hanno modificato le rispettive leggi contro le discriminazioni includendo l'argomentazione intersex.

Un solo paese ad oggi ha sancito un vero e proprio divieto di interventi di natura cosmetica volti ad attribuire artificialmente un sesso/genere ai nascituri, ossia Malta²¹, che per prima in assoluto ha varato una legge di questo tipo. Dopo 2 anni e mezzo dalla sua approvazione, non ci sono ancora studi che esplorino a fondo gli effetti cui la normativa ha condotto. Abbiamo però le osservazioni degli attivisti, che hanno seguito con molta attenzione gli sviluppi sul territorio, e quello che hanno potuto osservare è purtroppo un fenomeno del tutto simile a quello tedesco: si è verificato uno slittamento delle diagnosi di DSD verso non meglio specificate "malformazioni". Alcuni attivisti hanno riportato notizie di alcune famiglie che, con l'appoggio dei medici, hanno portato i figli intersex in ospedali di altri paesi per sottoporli a procedura chirurgica cosmetica genitale così da "normalizzare" i loro corpi.

Realisticamente, saranno necessari molti anni per far sì che i paesi in cui queste pratiche chirurgiche sono ancora permesse diminuiscano radicalmente per poi scomparire del tutto. Nel frattempo numerosi sono i disegni di legge in fase di elaborazione, in diversi paesi.

A condizione che il denunciante abbia o abbia avuto accesso alla sua documentazione medica, anche le *strategic litigations* vengono considerate una strada percorribile. Purtroppo, soltanto una piccolissima percentuale di persone ha avuto questa possibilità. Per rimuovere uno degli ostacoli all'accesso agli atti sanitari, il Portogallo ha proposto nel suo disegno di legge di elevare il periodo di tempo di accessibilità della documentazione medica a 50 anni²².

Per gettare le basi per un percorso simile anche in Italia e per avviare una discussione anche di tipo politico e giuridico, i primi dati di cui le associazioni hanno segnalato necessità sono quelli relativi alla prevalenza numerica di nascite e interventi "normalizzanti" effettuati sulle persone intersex. Gli attivisti, in collaborazione con associazioni "alleate" e attive per la difesa dei diritti umani, stanno lavorando per ottenere questi dati e diffondere il più possibile informazioni sulle pratiche inumane e lesive dei diritti fondamentali che tutt'oggi, in un silenzio quasi assoluto, vengono attuate su un consistente numero di esseri umani in tutto il mondo.

21 *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act*, 1 aprile 2015.

22 In Italia, oggi, il periodo di tempo in cui sia possibile richiedere questa documentazione è di 30 anni.

Stefania Stefanelli*

Responsabilità genitoriale e tutela del minore intersessuale

Sommario

1. Capacità di discernimento e responsabilità genitoriale: il consenso all'intervento medico sanitario - 2. Intervento chirurgico sui neonati intersessuali - 3. Capacità di discernimento e esercizio dei diritti fondamentali - 4. Istituti di protezione dell'identità del minore: i provvedimenti *de potestate* - 5. Danno endofamiliare

Abstract

Intesa la responsabilità genitoriale in funzione della realizzazione dell'interesse del minore, alla luce della sua progressiva maturazione, ogni scelta e specialmente quella irreversibile circa l'eventuale adeguamento dei caratteri sessuali deve essere, quando possibile, rinviata al momento in cui il figlio, raggiunta la piena capacità di discernimento, sia in grado di valutarne la corrispondenza alla propria identità personale.

The paper focuses on the issues around parental consent, required to perform surgeries on intersex child. Although the choice should be in the best interest of the child, the parents may be in a position in which it is difficult for them to separate their child's interests from their own interests. For instance, they could be interested in having a perfect child, with a perfect body. Thus, a more cautious approach should be introduced in order to avoid or postpone, when possible, surgical intervention, waiting the age of the consent.

1. Capacità di discernimento e responsabilità genitoriale: il consenso all'intervento medico sanitario

Analizzare l'area della protezione dell'identità e dell'orientamento sessuale del minore rispetto alla sua famiglia impone di prendere le distanze da un doppio pregiudizio, di matrice civilistica e costituzionalistica.

La concezione istituzionalistica della famiglia, la cui serenità sarebbe compromessa se vi facessero massiccio ingresso gli strumenti giuridici, appare superata dalle novelle che negli anni si sono succedute a proposito dell'accertamento della responsabilità civile per inadempimento dei doveri genitoriali e coniugali, e delle conseguenze che ne derivano non solo in conseguenza dell'introduzione del divorzio ma anche per l'illecito endofamiliare; l'affermazione del principio di uguaglianza giuridica dei coniugi anche nell'imposizione del cognome ai figli; la "privatizzazione" del diritto di famiglia che si realizza con gli strumenti di negoziazione della crisi. Riforme tutte che consentono l'apertura di questo settore del diritto alle istanze di tutela individuale di ciascun componente rispetto alla comunità familiare, quale formazione sociale in cui egli realizza la propria personalità (art. 2 Cost.).

* Professoressa aggregata di diritto privato e diritto di famiglia, Università di Perugia.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

Per altro verso, va ripensata la concezione di autodeterminazione come libertà, che si è affermata dapprima in termini di pretesa di protezione delle formazioni sociali nei confronti dello Stato, e costituisce il presupposto degli Stati democratici moderni. È ciò cui si riferiscono l'affermazione dei diritti della famiglia, ma anche la domanda di riconoscimento come tale delle unioni omosessuali. Il passo successivo è l'affermazione della libertà del singolo non solo dall'invasione dello Stato, ma anche da quella delle stesse formazioni sociali, e la dottrina pubblicistica ha insegnato come «potrebbe anzi dirsi che la differenza fra la famiglia, istituzione costituzionalmente protetta, e il familismo, degenerazione morale della famiglia, risiede essenzialmente nel fatto che solo la prima – in teoria – garantisce, protegge e favorisce l'auto-determinazione del singolo, mentre il secondo schiaccia l'individuo in un'angusta rete di relazioni chiuse e/o tribali che menomano la libertà individuale, e quindi l'auto-determinazione, dei suoi membri: moglie, marito, figli, altri conviventi (minori o anziani). Si pensi al minore omosessuale costretto dal genitore a negare/rifiutare/occultare la propria attitudine/ tendenza sessuale. Quanto alla famiglia, tutti i classici diritti di libertà individuali (diritto di riunione e di associazione, libertà religiosa, rifiuto di trattamenti sanitari, diritti/doveri di natura sessuale, riservatezza, ecc.) sono protetti non solo in essa, ma anche – n.b. – da essa»¹.

Il concetto chiave cui ancorare la soluzione di tali, spesso drammatici, conflitti ci sembra possa essere quello di responsabilità genitoriale, in forza del quale le scelte del genitore, indirizzate alla realizzazione di interessi patrimonialmente neutri o patrimoniali, devono essere prese nell'esclusivo interesse del minore e con lui condivise, man mano che egli acquista capacità di discernimento, nel rispetto delle sue inclinazioni naturali ed aspirazioni (artt. 315 *bis*, 2° comma, e 316, 1° comma, c.c.). Il discrimine tra autonomia decisionale del minore e potestà decisoria dei genitori è costituito dalla capacità di discernimento, che consente alla minorenni di decidere autonomamente circa l'interruzione della gravidanza (artt. 12 e 13, l. 22-5-1978, n. 19), ammette l'avvio di percorsi di recupero dell'adolescente dalle tossicodipendenze senza che ne siano informati i genitori (artt. 75 e 120, 2° comma, d.p.r. 9-10-1990, n. 309), legittima le sue decisioni circa il trattamento medico sanitario² e le scelte sulla procreazione responsabile. Sono questi tutti casi che evidenziano come la scelta del minore di non informare i genitori deve essere rispettata, ma non di rado si pone la questione circa l'opposizione alla scelta degli esercenti la responsabilità, quando risulti in concreto contraria all'interesse del minore.

Nello stesso senso, con riguardo al diritto all'effettiva identità sessuale, da ricomprendersi nel diritto alla salute psico-fisica, di cui all'art. 32 Cost., si segnala la decisione circa l'intervento chirurgico di riattribuzione di sesso su un diciassettenne cui era stato diagnosticato con certezza un disturbo dell'identità di genere³, costituisce atto complesso, «espressione di due volontà concorrenti, quella del minore e quella del genitore»⁴, pur nel silenzio della l. 14 aprile 1982, n. 164, regolante l'attribuzione e le

- 1 A. Spadaro, *I «due» volti del costituzionalismo di fronte al principio di auto-determinazione*, in *Politica del diritto*, 2014, p. 421; v. anche A. Ruggeri, *Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse dei minori*, in *Rivista di diritti comparati*, 2017, p. 114 s. «Fermo restando infatti il principio secondo cui l'educazione della prole richiede di essere orientata alla valorizzazione delle inclinazioni naturali della stessa, qualsivoglia decisione adottata in presenza di manifestazioni di volontà divergenti può, di tutta evidenza, dimostrarsi improduttiva di effetti in via di principio discriminatori laddove risulti assunta a seguito di un processo che veda comunque attivo partecipante alla decisione stessa il minore (o chi lo rappresenta) e risulti idonea a dare appagamento al suo effettivo e preminente interesse».
- 2 Tribunale per i minorenni di Milano, decreto del 21 gennaio 2011, in www.leggiditalia.it, a proposito della decisione circa l'inserimento in una comunità psichiatrica di un sedicenne, riteneva che «Non si può sostenere che i genitori rappresentino i figli minori anche in relazione alle scelte mediche, in particolare quando il minore abbia raggiunto un'età tale da non poterlo ritenere incapace naturalisticamente, altrimenti si giungerebbe alla privazione di diritti personalissimi sulla sola base del dato formale rappresentato dall'incapacità legale»; Tribunale per i minorenni di Venezia, decreto del 2 giugno 1998, in *Diritto di famiglia*, 1999, p. 689 ss, sulla scelta di una terapia alternativa al trattamento chemioterapico di una bambina di otto anni; Superior Court of Connecticut, sentenza dell'8 gennaio 2015, *In re Cassandra C.*, in www.bioethics.net.
- 3 Chiarisce M. Selvaggi, *Aspetti psicologici nell'adolescente omosessuale*, in B.E. Hernández-Truyol e R. Virzio (a cura di), *Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minori. Profili di diritto internazionale e di diritto comparato*, Napoli, 2016, p. 15 ss., che il concetto di identità di genere si riferisce alla concezione di sé come uomo, donna o *transgender*, e si distingue dall'orientamento sessuale, che è l'insieme dei fattori emotivi, sessuali e relazionali che indirizzano l'interesse verso un individuo dello stesso sesso (omosessualità), del sesso opposto (eterosessualità), di entrambi i sessi (bisessualità) o di nessuno (asessualità). Secondo l'American Psychological Association, *Report of the Task Force on Appropriate Therapeutic Responses to Sexual Orientation*, Washington DC, 2009, in apa.org, l'orientamento sessuale non è immutabile, e per alcune persone può subire variazioni durante il corso della vita.
- 4 Tribunale di Roma, sentenza dell'11 marzo 2011, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, I, p. 253, con nota di A. Schuster, *Identità di genere: tutela della persona o difesa dell'ordinamento?*, in *Famiglia e diritto*, 2012, p. 499, con nota di M.G. Ruotolo, *Personae minori di età e cambiamento di identità sessuale*, per il quale «l'intervento di riattribuzione chirurgica del sesso è un trattamento sanitario volto al raggiungimento dell'integrità psicofisica con la conseguenza, dunque, che quando esso deve essere

rettificazioni di sesso. Ogni decisione va dunque assunta con il minore, secondo i canoni che regolano la responsabilità genitoriale⁵, ed in taluni casi si giustifica la decisione in piena autonomia, quando esigenze di tutela del ragazzo sconsigliano di informare i genitori⁶.

Appare invece incongruente la previsione, contenuta nell'art. 4, 3° comma, l. 1-4-1999, n. 91, di sostituzione della volontà dei genitori a quella del minore nella decisione circa l'espianto dei propri organi dopo la constatazione del decesso, perché in contrasto con la lettura costituzionale dei diritti della personalità, dovendosi attribuire alla incapacità di agire, ex art. 2 c.c., al più, efficacia limitata alla protezione di interessi patrimonialmente apprezzabili, mentre al minore spetta, ai sensi dell'art. 2 Cost., l'esercizio delle libertà fondamentali⁷, ed è il suo progressivo sviluppo a segnare i limiti della responsabilità genitoriale, da modulare in funzione dell'esclusivo interesse del figlio, sì da riconoscere il più ampio spazio alla sua progressiva presa di coscienza e autodeterminazione⁸.

Identiche censure possono muoversi avverso il testo dell'art. 3, 2° comma, della l. 22-12-2017, n. 219⁹, di disciplina del consenso informato e delle disposizioni anticipate di trattamento, che riproduce

espletato su un minore, vige il principio della rappresentanza dei genitori. La richiesta di autorizzazione ha natura di atto complesso, espressione di due volontà concorrenti, quella del minore e quella del genitore. Rispetto al minore dovrà essere considerata l'età e il grado di maturità intellettuale oltre che l'esigenza di tutela della sua personalità». Applica il disposto dell'art. 709 *ter* c.p.c. al caso del contrasto tra i genitori circa la decisione sul trattamento medico Tribunale di Modena, sentenza del 22 novembre 2007, in www.leggiditalia.it.

- 5 Su cui v. A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, nel *Trattato di diritto civile Sacco*, Torino, Utet, 2015, p. 477 ss.; C.M. Bianca, C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, IV ed., Milano, Giuffrè, 2014, p. 330 ss.; F. Ruscello, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, in *Commentario del c.c. Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 2006; P. Stanzone, G. Sciancalepore, *Minori e diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 15 ss.; M. Dogliotti, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, in *Trattato di diritto civile Cicu Messineo*, Milano, Giuffrè, 2007; G. Villa, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, in *Trattato Bonilini-Cattaneo*, III, 2ª ed., Torino, Utet, 2007, p. 301 ss.; M. Sesta, *La filiazione*, in *La filiazione*, in S. Patti, *Diritto Privato*, Padova, Cedam, 2016, p. 891 ss., e già Id., *La filiazione*, in *Trattato di diritto privato Bessone*, IV, *Il diritto di famiglia*, 3, Torino, Utet, 1999, p. 27 ss.; P. Vercellone (agg. di L. Lenti), *La potestà dei genitori e i rapporti fra genitori e figli*, in G. Collura, L. Lenti, Man. Mantovani (a cura di), *Filiazione*, in *Trattato di diritto civile Zatti*, II, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 2012, p. 1209 ss. Con una visione più moderna, che tiene conto delle fonti comunitarie immediatamente applicabili (reg. n. 2201/2003), parla di "responsabilità genitoriale" anche anteriormente all'emanazione del d.lg. n. 154/2013, A. Palazzo, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile Cicu Messineo Mengoni Schlesinger*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 2012, p. 591 ss., e già dalla 1ª ed. (Milano, 2007), p. 578 ss.; così R. De Meo, *La tutela del minore del suo interesse nella cultura giuridica italiana ed europea*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2012, 466 ss.; v. anche G. Grisi, *Potestà e responsabilità*, in M. Gorgone (a cura di), *I modelli familiari tra diritti e servizi*, Napoli, 2005, p. 139 ss.; M. Sesta, A. Arceri, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, cit.; per un recente sguardo d'insieme concernente anche i profili applicativi, A. Figone e E. Ravot, *Responsabilità genitoriale. Contenuto, limitazioni e decadenza*, Milano, Giuffrè, 2016. Sui diversi profili, patrimoniali e non patrimoniali, della responsabilità genitoriale cfr. A.G. Cianci, *La nozione di responsabilità genitoriale*, in C.M. Bianca (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, Cedam, 2015, p. 581 ss., spec. p. 584 s. Dopo l'ultima riforma, la dottrina prevalente sottolinea essenzialmente il mutamento di prospettiva, in termini non sempre positivi, con una valorizzazione dell'interesse del minore: cfr. E. Al Mureden, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Rassegna forense*, 2014, p. 466 ss.; G. De Cristofaro, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, II, spec. p. 785 s.; E. Giacobbe, *Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma «Bianca»*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2014, p. 817 ss.; A. Gorassini, *La responsabilità genitoriale come contenuto della potestà*, in M. Bianca (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 92 s.; P. Rescigno, *La filiazione «riformata»: l'unicità dello status*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, p. 1261; P. Schlesinger, *Il d.lg. n. 154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, in *Famiglia e diritto*, 2014, p. 443 ss.; F. Caggia, *Il linguaggio del «nuovo» diritto di filiazione*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2015, p. 254 ss.
- 6 Corte costituzionale, ordinanza del 16 luglio 2012, n. 196 e Tribunale di Spoleto, ordinanza del 3 gennaio 2012, entrambe in *Rass. giur. umbra*, 2013, 261, con nota di S. Stefanelli, *Nozione di embrione umano e aborto della minorenni*.
- 7 Cfr. P. Stanzone, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, spec. p. 292 ss.; R. Caterina, *Le persone fisiche*, Torino, Utet, 2016, p. 42 ss.; F. Ruscello, *La potestà dei genitori. Rapporti patrimoniali*, in *Commentario al c.c. Schlesinger Busnelli*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 43 ss.; in prospettiva critica anche D. Di Sabato, *Il contratto del minore tra incapacità di contrarre e capacità di consumare*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2011, p. 75 ss.; M. Cinque, *Il minore contraente. Contesti e limiti della capacità*, Padova, Cedam, 2007, p. 17 ss.; G. Alpa, *I contratti del minore. Appunti di diritto comparato*, in *Contratti*, 2004, p. 517 ss.; F. Giardina, *L'art. 1426 c.c. tra annullabilità del contratto a tutela del minore e validità del contratto come "rimedio" a favore dell'altro contraente*, in E. Del Prato, *Studi in onore di A. Cataudella*, 2, Napoli, 2013, p. 1073 ss.; P. Longo, *L'attività negoziale del minore nei rapporti con le banche*, in *Contratti*, 1999, p. 714 ss.; M. Maggiolo, *Il contratto predisposto*, Padova, Cedam, 1996, p. 276 ss.
- 8 L'incongruenza è evidenziata dall'opposta previsione della facoltà della minorenni partoriente di disporre la donazione di cellule staminali emopoietiche, placenta e sangue del cordone ombelicale nel caso di minore partoriente ai sensi dell'art. 3 della l. 21-10-2005, n. 219, recante la nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati.
- 9 Su cui M. Di Masi, *Prima lettura della legge recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»*, in *Diritti comparati*, www.diritticomparati.it

sostanzialmente l'art. 6, 2° comma del corrispondente d.d.l., approvato dal Senato della Repubblica nella passata legislatura, a mente del quale: «Il consenso al trattamento sanitario del minore è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore tenendo conto della volontà della persona del minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità».

Il legislatore non ha tenuto conto delle indicazioni dettate in più occasioni dal Comitato Nazionale di Bioetica a proposito della partecipazione del bambino maggiore di sette anni al processo decisionale e della necessità di ricercare anche il suo consenso, prima di procedere all'intervento, quando abbia compiuto almeno quattordici anni¹⁰, e sostanzialmente ha affidato esclusivamente agli esercenti la responsabilità genitoriale la decisione in merito al trattamento sanitario da praticare al minore, pur gravandoli del dovere di "tenere conto" della volontà di costui, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità. Ne deriva, ogni volta che non sussista contrasto tra genitori e sanitari¹¹, che solo l'iniziativa ex art. 336 c.c. per l'adozione di un provvedimento limitativo della responsabilità, dei nonni, di altri parenti o del pubblico ministero consente la verifica giudiziale del dissenso del minore capace di discernimento, il quale non è neppure abilitato a dettare disposizioni anticipate di trattamento o alla pianificazione condivisa delle cure, in caso di patologia cronica o a prognosi infausta.

Imputare ai genitori la necessaria rappresentanza del minore, ex art. 320, 1° comma, c.c. per decisioni come queste, in cui si realizzano atti che costituiscono esercizio dei diritti esistenziali confligge con gli artt. 2, 30, 32 Cost.¹², e con le fonti sovranazionali, tra cui l'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, del 20 ottobre 1989; l'art. 5 della Convenzione de L'Aja del 28 maggio 1970, relativa al rimpatrio dei minori; l'art. 16, lett. a) della Convenzione di Lussemburgo del 20 maggio 1980, sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento; l'art. 13 della Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980, sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori; l'art. 3 della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori del 25 gennaio 1996; l'art. 6 della Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, nell'art. 24, 1° comma, C.d.f.U.E.; l'art. 23, lett. b), reg. UE n. 2201/2003.

In questo senso si indirizza il costante orientamento della giurisprudenza di merito¹³, guidata dalla dottrina che ha insegnato come che titolarità ed esercizio delle situazioni giuridiche esistenziali siano inscindibili¹⁴, e ne costituiscono affermazione talune disposizioni contenute in leggi speciali. L'art. 1, l. 18 giugno 1986, n. 281, costituisce il diritto del minore di scegliere, al momento dell'iscrizione alla scuola secondaria superiore, se avvalersi o meno dell'insegnamento della religione cattolica, escludendo la necessità di una attività sostitutiva, posta in essere dal genitore a beneficio del minore; gli artt. 12 e 13, l. 22 maggio 1978, n. 194, disegnano l'intervento autorizzatorio del giudice all'interruzione volontaria di gravidanza della minorenne – necessario ove sussista disaccordo coi genitori o serie ragioni che ne sconsigliano l'informativa e la consultazione – indirizzandolo non a sostituire la decisione della donna, incapace di agire, ma, attraverso un procedimento sostanzialmente equitativo, ad appurare l'esistenza in capo a costei della consapevolezza e ponderazione della scelta che solo lei può compiere¹⁵. Coeren-

10 Comitato Nazionale per la Bioetica, *Parere Bioetica con l'infanzia*, 22 gennaio 1994.

11 L'art. 33 del Codice di deontologia medica impone al professionista di garantire «al minore elementi di informazione utili perché comprenda la sua condizione di salute e gli interventi diagnostico-terapeutici programmati, al fine di coinvolgerlo nel processo decisionale».

12 Sul rango costituzionale del diritto all'autodeterminazione rispetto al trattamento sanitario la bibliografia è sterminata. V. almeno B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, 1983, p. 21 ss.; B. Caravita, *La disciplina costituzionale della salute*, ivi, 1984, p. 49 ss.; G.U. Rescigno, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, comma 2, Cost. al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Diritto pubblico*, 2008, p. 109 ss.

13 Tribunale per i minorenni di Venezia, decreto del 2 giugno 1998, in *Diritto di famiglia*, 1999, p. 689 ss.; Tribunale per i minorenni di Milano, decreto del 21 gennaio 2011, in *Banca dati Leggiditalia*

14 P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., Napoli, 2006, II, p. 949 ss.; M. Giorgianni, *In tema di incapacità del minore di età*, in *Rassegna di diritto civile*, 1987, p. 103 ss.; Id., *Della potestà dei genitori*, in *Comm. c.c. Cian, Oppo, Trabucchi*, IV, Padova, Cedam, 1992, p. 299 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile. La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002, 237, col limite degli atti che espongano il minore ad un rilevante pregiudizio; F.D. Busnelli, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1982, 54 ss.

15 Cfr. Corte costituzionale, ordinanza del 15 marzo 1996, n. 76, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, 709; in *Giustizia civile*, 1997, I, 41, con nota di F. Giardina, *L'ultimo atto di una storia senza fine: l'incostituzionalità dell'art. 12 della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza*, per la quale «la decisione di interrompere la gravidanza è rimessa soltanto alla responsabilità della donna, non potendosi configurare quale potestà codecisionale l'intervento del giudice tutelare, nell'ipotesi in cui non vi sia l'assenso degli esercenti la potestà o la tutela sulla minore, o vi siano pareri difformi da parte di costoro, o ancora sussistano seri motivi che impediscano o sconsiglino la loro consultazione». In dottrina, F.D. Busnelli, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, cit., 64. Nota F. Scaglione, *Ascolto, capacità e legittimazione del minore*, in R. Cippitani, S. Stefanelli (a cura di), *La parificazione degli status*

temente, l'art. 2 della l. n. 194/1978 dispone che «la somministrazione su prescrizione medica, nelle strutture sanitarie e nei consultori, dei mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte in ordine alla procreazione responsabile è consentita anche ai minori»¹⁶. Analogamente, l'art. 120, 2° comma, d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, prevede la facoltà per il minore, che faccia uso di sostanze stupefacenti e di sostanze psicotrope, di chiedere al servizio pubblico per le tossicodipendenze o ad una struttura privata autorizzata di essere sottoposto ad accertamenti diagnostici e di eseguire un programma terapeutico e socioriabilitativo, mentre l'art. 75 ne garantisce la riservatezza, escludendo la convocazione dei genitori innanzi al Prefetto quando ciò contrasti con le esigenze educative del minore che si sia reso responsabile di illeciti amministrativi relativi all'importazione, esportazione, acquisto, ricezione a qualsiasi titolo o detenzione di sostanze stupefacenti o psicotrope¹⁷.

Tanto più in quanto si consideri la recentissima decisione della giurisprudenza di legittimità di riconoscere al minore capace di discernimento la capacità di concludere autonomamente atti giuridici in senso stretto, con annullabilità dei soli da quali derivi o possa derivargli un pregiudizio economico¹⁸, per aver disegnato una corrispondente area di irrilevanza dell'incapacità di agire di cui all'art. 2, sembra irragionevole precludergli di decidere personalmente sul trattamento sanitario proposto, e dal quale possono derivare – e derivano necessariamente, nel caso del minore intersessuale – conseguenze irrimediabili in danno della sua integrità psico-fisica e della sua dignità.

2. Intervento chirurgico sui neonati intersessuali

La pratica clinica evidenzia la condizione dei neonati intersessuali, rispetto ai quali la risposta sanitaria, rapidissima quanto irreversibile, giustificata dalla valutazione di questa condizione in termini di patologia, è l'intervento chirurgico di assegnazione di sesso, eseguito nelle primissime settimane di vita, cui conseguono purtroppo la medicalizzazione forzata per tutta l'esistenza, la dipendenza da trattamenti ormonali in ragione dell'asportazione delle gonadi, la perdita del piacere sessuale, spesso la necessità di supporto psicologico, e trattamenti chirurgici periodici per adeguare il corpo alla fisiologica crescita. Limitandosi a “correggere” l'imperfezione di un corpo rispetto al modello binario maschio/femmina assunto ad ideale di riferimento, verso il quale dunque tendere, tali scelte finiscono per obliterare la considerazione circa il prosieguo dell'esistenza della persona intersessuale, e la qualità di vita che verrà a sperimentare a seguito.

Confondendo la disforia di genere o transessualità/transgenderismo con le differenze dello sviluppo sessuale, considerate spesso come un disturbo cromosomico o genetico ma che non sempre costituiscono condizioni patologiche ma variazioni naturali nelle caratteristiche sessuali che riguardano, secondo alcune stime, un bambino ogni 200 nati vivi¹⁹, si discute in questi casi di “cambio di sesso” dei neonati, quando non si tratta affatto di interventi chirurgici di adeguamento del corpo, nelle sue caratteristiche sessuali primarie e secondarie, alla propria identità di genere, effettuati su adulti consapevoli, autodeterminati e legittimamente tutelati dalla l. n. 164/1982. Sono, piuttosto, interventi di chirurgia estetica su neonati e su bambini inconsapevoli, il più delle volte non necessari per la loro salute, eppure ancora

di filiazione, Perugia-Roma, 2013, 280 s.: «L'idea di una rappresentanza genitoriale in materia di atti a contenuto personale del minore, capace di discernere in concreto, tutte le volte in cui sia disgiunta da esigenze educative strettamente connesse alla promozione della personalità del minore stesso, rimane soltanto la scomoda eredità di una vecchia e superata concezione paternalistica o protettiva del rapporto di filiazione»; concorde A. Sassi, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Roma-Perugia, ristampa 2012, 157 ss.

- 16 Si fonda su tale disposizione l'obbligo solo per le donne minorenni di prescrizione medica per la c.d. pillola dei cinque giorni dopo contenuto nella determinazione dell'Agenzia Italiana per il Farmaco del 25-3-2015.
- 17 Analoga previsione difetta nell'articolato della l. 5 giugno 1990, n. 135 in materia di prevenzione e lotta all'AIDS, rispetto alla quale si leggano le critiche di P. Vercellone, *Il corpo del minorenne: i trattamenti sanitari*, in G. Collura, L. Lenti e Man. Mantovani (a cura di), *Filiazione, nel Trattato di diritto di famiglia Zatti*, 2, II ed., Milano, Giuffrè, 2012, 987 ss., in considerazione del rischio che, per non veder coinvolto il genitore, il minorenne sia indotto a non svolgere il test HIV.
- 18 Cassazione civile, ordinanza del 13 ottobre 2017, n. 24077, in *Foro Italiano*, 2018, I, con nota di S. Stefanelli, *Verso la capacità di agire del minore: il caso degli atti giuridici in senso stretto*.
- 19 Non di rado, l'accertamento prenatale di alcune anomalie cromosomiche associate alla condizione intersex determina, purtroppo, la scelta interruttiva della gravidanza, sebbene si tratti delle condizioni di maggior benessere psicofisico delle persone, che spesso conducono esistenze assolutamente serene, e si avvedono della propria situazione solo all'esito di indagini cliniche sulla difficoltà di concepire.

praticati al fine di “normalizzare” una atipicità genitale intesa come “emergenza psico-sociale” secondo protocolli superati a livello internazionale²⁰.

Un parere del Comitato Nazionale per la Bioetica²¹ proponeva di integrare la normativa che regola la dichiarazione del sesso alla nascita con «una “annotazione” riservata, fondata su rigorosa e completa certificazione medica della patologia di cui soffre il neonato, così da consentire in seguito – se necessario – una rettificazione dell’indicazione anagrafica attraverso una procedura semplificata» rispetto a quella prevista in caso di transessualismo dalla l. n. 164/1982²², ed altri ordinamenti hanno introdotto l’indicazione, nei documenti di identità, di un terzo genere, indefinito, per evitare che l’intervento di “normalizzazione” risulti imposto dalla necessità di assegnare al neonato, immediatamente dopo il parto, in sede di iscrizione nei registri dello stato civile, uno dei due sessi, maschile o femminile, ed un nome corrispondere al genere, ma questa soluzione rischia di stigmatizzare, marcando con un segno di differenza e implicitamente di disvalore, le persone intersessuali.

Più avanzata è la legislazione vigente a Malta, in forza del *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act* del 14-4-2015, che vieta la riassegnazione sessuale e ogni tipo di intervento chirurgico sui caratteri sessuali di un minore, qualora possa essere rinviato, fino all’età del consenso informato.

Questa, in tutti i casi in cui l’intervento urgente non è essenziale e di vitale importanza, appare l’unica scelta coerente col dettato degli artt. 2, 3 e 32 Cost., ed alla concessione della salute intesa come integrità del corpo e non compromissione della sua vita sociale e relazionale, attuale e futura, in nome del perseguimento di astratti modelli di riferimento, soprattutto in considerazione del fatto che l’intervento chirurgico di natura estetica non cura la persona, che intersessuale resta, anche dopo che sono stati modificati i suoi genitali esterni, per tutta la vita, mentre produce purtroppo spesso conseguenze dannose a lungo termine²³.

Il riconoscimento del ruolo fondamentale del paziente è sancito anche dalle linee guida scaturite dalla *International Consensus Conference* del 2006, così come dalle linee guida proposte dalla letteratura scientifica²⁴, ma continuano a ripetersi in Italia interventi chirurgici di normalizzazione, ripetutamente

20 Cfr. A. Lorenzetti, *La problematica dimensione delle scelte dei genitori sulla prole: il caso dell’intersessualismo*, in www.gruppodipisa.it, 2013; Id., *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, Franco Angeli, 2013, p. 24 ss.; Id., *Frontiere del corpo, frontiere del diritto: intersessualità e tutela della persona*, in *Rivista di biodiritto*, 2/2015, p. 109 ss., chiarisce che, oltre la condizione molto rara dell’ermafroditismo, caratterizzata dalla presenza contemporanea di caratteri sessuali maschili e femminili, e lo pseudo-ermafroditismo, che si verifica quando l’aspetto degli organi sessuali esterni è opposto al sesso cromosomico e a quello gonadico, alcune sindromi si caratterizzano per anomalie del patrimonio cromosomico tali per cui l’aspetto esteriore non corrisponde al sesso biologico o cromosomico, quali la sindrome di Klinefelter, in cui l’aspetto maschile del soggetto si accompagna ad una cromatina sessuale femminile, quella di Turner, nella quale all’opposto persone di aspetto femminile ma hanno sesso cromatinico maschile, e di quella di Morris, propria di coloro che hanno un patrimonio cromosomico maschile anche se sviluppano caratteri femminili.

21 Comitato Nazionale per la Bioetica, *I disturbi della differenziazione sessuale nei minori: aspetti bioetici*, Roma, 25 febbraio 2010.

22 Sul fenomeno del transessualismo, oltre a A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, cit., spec. 29 ss., v. almeno P. D’Addino Serravalle, P. Perlingieri e P. Stanzione, *Problemi giuridici del transessualismo*, Napoli, 1981; B. Pezzini, *Transessualismo, salute e identità sessuale*, in *Rassegna di diritto civile*, 1984, p. 461 ss.; P. Stanzione, *Transessualità*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Milano, 1992, p. 874 ss.; F. Bilotta, *Transessualismo*, in *Digesto IV Civile, Aggiornamento*, Torino, 2013, p. 732 ss.; e, da ultimo, l’approfondita analisi di L. Bardaro, *La transizione sessuale: stato dell’arte e prospettive evoluzionistiche*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2017, p. 33 ss.; con specifico riferimento alle situazioni familiari, L. Vizzoni, *Transessualismo e filiazione: quando la condizione transessuale riguarda il genitore o il figlio minore*, in www.rivistafamiglia.it, 1-2/2016, p. 101 ss.

23 Cfr. J. Lisdonk, *Living with intersex/dsd. An exploratory study of the social situation of persons with intersex/dsd*, Netherlands Institute for Social Research, The Hague, 2014, p. 60.

24 C. Wiesemann, *Linee guida etiche per la gestione clinica di casi di intersessualità*, *Sexual development*, 2010, in www.aisia.org: «La scienza ha abbandonato l’idea che l’identità di genere possa essere completamente malleabile attraverso la chirurgia, la socializzazione o l’educazione. Il modo in cui si forma l’identità di genere non è pienamente compreso; fattori genetici, ormonali, psicologici giocano un ruolo importante. Nel lungo periodo, il paziente è il solo a sapere come lei/lui è o vuole essere. In un certo numero di condizioni di intersessualità, ad esempio Deficit di 5-alpha reduttasi o Disgenesia gonadica, ci sono alte probabilità che un cambiamento di identità di genere si verifichi durante o dopo la pubertà». Per tali ragioni invita a «Non mettere l’estetica al primo posto. Quando una condizione di intersessualità è scoperta nei primi mesi di vita, i genitori e gli operatori sanitari sono soprattutto e in primo luogo preoccupati per l’aspetto atipico dei genitali esterni. Il tentativo di normalizzare i genitali esterni è un riflesso comprensibile. Ma ci sono altri obiettivi più importanti per l’attività clinica, quali la prevenzione della sofferenza o l’aumento della fiducia in se stesso del paziente. In alcuni casi, la sofferenza è solo un problema dei genitori, non del bambino; quindi i genitori devono essere sostenuti per far fronte alla situazione. Il criterio estetico da solo non offre una giustificazione ragionevole per un intervento». In giurisprudenza, si segnala una decisione della Corte costituzionale della Colombia, del 12-5-1999, resa in caso nel quale i medici, pure con il consenso dei genitori ma senza alcuna decisione da parte di un giudice, si rifiutavano di procedere ad un intervento su un bambino intersex: la soluzione di compromesso ha chiesto ai genitori di prestare il consenso all’operazione in forma scritta (e per un periodo di tempo sufficientemente

stigmatizzati da organismi internazionali²⁵ e da ultimo, il 31-7-2016, il Comitato delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità ha ammonito l'Italia per le pratiche di mutilazioni genitali intersex, denunciando tali pratiche come una violazione dell'art. 17 della Convenzione, sulla protezione dell'integrità della persona²⁶.

Paradossalmente, nella giurisprudenza italiana sono noti solo due casi: nel più recente si trattava di risarcimento del danno per errata diagnosi di un'ipospadia scrotale, in luogo di una sindrome androgenitale, e conseguente erronea attribuzione al neonato del sesso maschile²⁷, nell'altro della nomina di un curatore speciale per attuare le pratiche chirurgiche e terapeutiche necessarie all'adeguamento del corpo del minore, a fronte dell'inerzia dei genitori nell'intervenire chirurgicamente sul minore²⁸.

Diversi disegni di legge diretti ad introdurre la moratoria di ogni intervento chirurgico diretto all'assegnazione di caratteri sessuali di un solo sesso, salvo il caso in cui sussista pericolo di vita ovvero esigenze attuali di tutela della salute fisica che escludano la possibilità di rinviare l'intervento, sono stati depositati nella corrente legislatura, e sono in attesa di discussione²⁹.

3. Capacità di discernimento e esercizio dei diritti fondamentali

Distinta, per quanto sopra chiarito, è la condizione del minore che domanda l'autorizzazione all'adeguamento dei caratteri sessuali alla propria identità di genere, eventualmente in contrasto coi genitori, ovvero che richiede una terapia ormonale idonea ad arrestare lo sviluppo sessuale. L'orientamento

lungo da far supporre che avessero correttamente compreso la situazione) e dopo accurate informazioni sull'intervento, sulle alternative, sui rischi e soprattutto con il necessario supporto psicologico.

- 25 Nel maggio 2014, l'Organizzazione Mondiale della Sanità, l'Ufficio dell'Alto Commissario per i Diritti Umani delle Nazioni Unite, il Programma Congiunto delle Nazioni Unite HIV / AIDS, il Programma di sviluppo delle Nazioni Unite, il Fondo per la popolazione delle Nazioni Unite ed il Fondo delle Nazioni Unite per bambini hanno pubblicato una dichiarazione interagenzia, su cui F.R.A., European Union Agency for Human Rights, *The fundamental rights situation of intersex people*, 2015, sottolineando che «le persone intersessuali in particolare, sono state sottoposte a trattamenti medici e a chirurgia non-medicalmente necessaria nell'infanzia, che porta alla sterilità, senza il consenso informato della persona in questione o dei genitori o tutori. Tali pratiche sono anche state riconosciute come violazione dei diritti umani da organismi internazionali e Corti per i diritti umani e nazionali» di conseguenza invitano gli Stati «ad abrogare qualsiasi legge che consenta trattamenti invadenti e irreversibili, tra cui la chirurgia genitale-normalizzante forzata, la sterilizzazione forzata, la sperimentazione non etica, "terapie riparative" o "terapie di trasformazione" se eseguiti o somministrati senza il consenso libero e informato della persona interessata». Anche il *Report Lunacek*, adottato dal Parlamento Europeo nel 2013, invita la Commissione Europea, gli Stati membri della UE e rilevanti agenzie ad indirizzare l'attuale mancanza di conoscenza, ricerca e rilevanti legislazioni sui diritti umani delle persone intersessuali.
- 26 Il Comitato si definisce «preoccupato che i bambini siano sottoposti ad interventi chirurgici irreversibili per la loro variazione intersex e altri trattamenti medici senza il loro consenso libero e informato» e «raccomanda allo Stato membro di garantire che nessuno sia sottoposto, durante l'infanzia, a trattamenti medici o chirurgici se questi non sono basati su documentazione scientifica; di garantire l'integrità fisica, l'autonomia e l'autodeterminazione per i bambini in questione; e di fornire adeguata consulenza e supporto alle famiglie con bambini intersex».
- 27 Tribunale di Bari, sentenza del 25 giugno 2012, in *www.leggiditalia.it*, su cui v. l'ampio approfondimento, circa l'applicabilità della l. n. 164/1982, di G. Cardaci, *Il processo di accertamento del genere del minore intersessuale*, in *Rivista di diritto processuale*, 2016, p. 683 ss..
- 28 Tribunale per i minorenni di Potenza, decreto del 29 luglio 1993, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1996, p. 299; in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1993, p. 1199; su cui v. G. Mastrangelo e V. Sellaroli, *Trattamento medico e lesioni dell'integrità fisica del minore*, Milano, 2014, p. 128 s.: «Qualora un infante, denunciato alla nascita di sesso maschile ma affetto da spiccatissimo pseudoermafroditismo femminile (e pertanto, in realtà, di sesso femminile), abbia urgente bisogno degli interventi chirurgici, sanitari, farmacologici e psicologici idonei a riportarlo a normalità anche sul piano scolastico e sociale, ed i genitori, pur dichiaratisi convinti della necessità di porre in atto, senza dilazione, gli interventi necessari al benessere psicofisico del figlio, non si decidano ad agire, rimanendo a lungo inerti e continuando a rinviare "sine die" ogni cura, al minore va nominato un curatore speciale che provochi le occorrenti pratiche chirurgiche e terapeutiche e che del minore curi anche l'equilibrio psicologico ed il fecondo e non frustrante inserimento nei corsi scolastici, attivandosi, insomma, in ogni modo, anche sul piano giudiziario ed amministrativo, affinché il minore abbia a crescere in maniera serena, regolare e consona al suo effettivo sesso; "in parte qua", i genitori dell'infante vanno sospesi dalla potestà parentale fin quando durerà l'opera del curatore, mentre il figlio va affidato all'Usl locale che, d'intesa con il curatore, prodigherà al minore tutta l'assistenza economica, tecnica e di sostegno anche sociofamiliare rispondente ai propri compiti istituzionali, relazionando, infine, periodicamente al Tribunale per i minorenni».
- 29 A.C. 246, di iniziativa dell'on. Scalfarotto; A.S. 392 di iniziativa del sen. Airola; A.S. 405, di iniziativa del sen. Lo Giudice.

giurisprudenziale su tale specifica materia evidenzia, tuttavia, l'applicazione delle medesime regole di giudizio che abbiamo visto governare la capacità del minore di esprimere il proprio autonomo consenso all'intervento medico, quando sussista quella specifica capacità di intendere e di volere che l'ordinamento definisce come capacità di discernimento.

Si ricordi la domanda della madre, nella qualità di esclusiva esercente la responsabilità su un ragazzo di diciassette anni, diretta ad ottenere l'autorizzazione giudiziale a prestare il consenso affinché il figlio fosse sottoposto ad intervento chirurgico teso ad adeguare i suoi caratteri sessuali a quelli femminili³⁰, a norma della l. n. 164/1982³¹, che nulla detta rispetto all'età del richiedente e alla rappresen-

30 Tribunale di Roma, sentenza del 11 marzo 2011, cit.; evidenza in proposito M.G. Sangalli, *La rappresentanza legale implica un dovere di agire per il benessere del fanciullo*, in *Guida al diritto – Famiglia e minori*, 7/2011, p. 13 ss., che «la pronuncia del Tribunale di Roma, nella parte in cui ritiene che la domanda avanzata abbia natura di atto complesso, espressione di due volontà, quella del minore e quella del genitore, aventi eguale peso in considerazione dell'età e del grado di maturità intellettuale del minore e di esigenza di tutela della sua personalità». In ogni caso, secondo Corte costituzionale, sentenza del 5 novembre 2015, n. 221, in *Foro italiano*, 2015, I, c. 3758 ss.; in *Famiglia e diritto*, 2016, p. 637 ss., con nota di A. Spangaro, *Anche la Consulta ammette il mutamento di sesso senza il previo intervento chirurgico*; in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, p. 583 ss., con nota di C. Caricato, *Rettificazione di attribuzione di sesso e mutamento dei caratteri sessuali all'esame della Corte Costituzionale*; e Cassazione civile, 20 luglio 2015, n. 15138, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, I, p. 1068 ss., con nota di D. Amram, *Cade l'obbligo di intervento chirurgico per la rettificazione anagrafica del sesso*; su cui S. Patti, *Trattamenti medico-chirurgici e autodeterminazione della persona transessuale. A proposito di Cass.*, 20-7-2015, n. 15138, *ivi*, 2015, II, p. 643 s.; I. Rivera, *Le suggestioni del diritto all'autodeterminazione personale tra identità e diversità di genere*, in *Consulta on-line*, 1/2016, p. 175 ss.; M.C. De Cicco, *Il diritto alla diversità come espressione del diritto all'identità personale*, in E. Caterini, L. Di Nella, A. Flamini, L. Mezzasoma e S. Polidori (a cura di), *Scritti in onore di Vito Rizzo*, Napoli, 2017, 505 s., l'intervento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali primari non è presupposto essenziale alla rettifica dell'attribuzione di sesso, come recentemente confermato da Corte costituzionale, ordinanza del 21 giugno 2017, n. 185, in *www.cortecostituzionale.it*, che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, 1° comma, l. 14 aprile 1982, n. 164, sollevata, in riferimento agli artt. 2 e 3 Cost., per la quale «il riconoscimento del diritto alla rettifica dell'attribuzione di sesso, anche in assenza di modifica dei caratteri sessuali primari, finirebbe per prevalere sul diritto della gran parte dei consociati a conservare “il pieno duopolio uomo/donna”, comprimendo irragionevolmente i doveri inderogabili di solidarietà sociale, e imporrebbe alla collettività la necessità di adeguarsi alla sua estrinsecazione anche nei confronti di minori, lavoratori, istituzioni, imponendo loro un mutamento dei tradizionali valori, comunemente accettati». Ha ribadito la Corte che «sebbene l'aspirazione del singolo alla corrispondenza del sesso attribuitogli nei registri anagrafici con quello soggettivamente percepito e “vissuto” costituisca espressione del diritto al riconoscimento dell'identità di genere, il ragionevole punto di equilibrio tra le molteplici istanze di garanzia – in un quadro di “irriducibile varietà delle situazioni soggettive” (sentenza n. 221 del 2015) – è stato individuato affidando al giudice, nell'ambito di un giudizio cui partecipa anche il pubblico ministero, l'accertamento delle modalità attraverso le quali le modificazioni siano intervenute, tenendo conto di tutte le componenti, compresi i caratteri sessuali, che concorrono a determinare l'identità personale e di genere; che, pertanto, risulta del tutto privo di fondamento l'assunto del rimettente circa la possibilità che, ai fini dell'accertamento della transizione, rivesta esclusivo o comunque prioritario rilievo il solo elemento volontaristico». Corte costituzionale, 20 giugno 2017, n. 180, *ivi*, ha rigettato anche la questione sollevata da Tribunale di Trento, ordinanza dell'8 maggio 2015 e Id., ordinanza del 28 aprile 2015, antecedenti alla pronuncia di incostituzionalità, dell'art. 1, 1° comma, della medesima l. n. 164/1982, per contrasto con gli artt. 2 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 della CEDU, poiché la previsione della necessità, ai fini della rettificazione anagrafica dell'attribuzione di sesso, dell'intervenuta modificazione dei caratteri sessuali primari attraverso trattamenti chirurgici pregiudicherebbe gravemente l'esercizio del diritto fondamentale alla propria identità di genere. Richiamando il proprio precedente, la Consulta ha ribadito che «l'interpretazione costituzionalmente adeguata della legge n. 164 del 1982 consente di escludere il requisito dell'intervento chirurgico di normoconformazione. E tuttavia ciò non esclude affatto, ma anzi avvalorare, la necessità di un accertamento rigoroso non solo della serietà e univocità dell'intento, ma anche dell'intervenuta oggettiva transizione dell'identità di genere, emersa nel percorso seguito dalla persona interessata; percorso che corrobora e rafforza l'intento così manifestato. Pertanto, in linea di continuità con i principi di cui alla richiamata sentenza, va escluso che il solo elemento volontaristico possa rivestire prioritario o esclusivo rilievo ai fini dell'accertamento della transizione. In coerenza con quanto affermato nella sentenza richiamata, va ancora una volta rilevato come l'aspirazione del singolo alla corrispondenza del sesso attribuitogli nei registri anagrafici, al momento della nascita, con quello soggettivamente percepito e vissuto costituisca senz'altro espressione del diritto al riconoscimento dell'identità di genere. Nel sistema della legge n. 164 del 1982, ciò si realizza attraverso un procedimento giudiziale che garantisce, al contempo, sia il diritto del singolo individuo, sia quelle esigenze di certezza delle relazioni giuridiche, sulle quali si fonda il rilievo dei registri anagrafici». V., da ultimo, Tribunale di Bologna, sentenza del 7 giugno 2017, in *Articolo 29*, *www.articolo29.it*, con nota di I. Rivera, *La rettificazione anagrafica del sesso e l'intervento medico-chirurgico tra istanza personale e certezza sociale*, che ha autorizzato congiuntamente la rettificazione anagrafica e l'intervento chirurgico. Per la giurisprudenza francese, cfr., di recente, Corte d'appello di Metz, 11 ottobre 2016, su cui J. Hauser, *Changement de sexe: la possession d'état du sexe opposé*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2017, p. 92 s., che ha attribuito un ruolo rilevante alla consulenza tecnica e al possesso di stato.

31 Rispetto alla quale F. Maisto, *Il ricorso al principio di sussidiarietà per la disciplina delle fattispecie transnazionali concernenti i diritti con funzione di tutela della personalità ovvero di solidarietà familiare*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Gabrielli*, Napoli, 2017, 1261, osserva che «l'ordinamento vuole che una simile disciplina sia in grado di temperare il bene dell'integrità fisica individuale con quello dell'eteriorizzazione dell'identità sessuale. Per questa ragione non può essere considerata contraria

tanza giudiziale dei genitori. Il ragazzo, ascoltato dal giudice, non aveva mostrato alcuna incertezza nel lamentare «una vera e propria dissociazione tra soma e psiche», per la quale era in cura dall'età di quattordici anni, ed aveva chiesto con insistenza, assieme alla madre che sola lo aveva riconosciuto, l'autorizzazione all'intervento di riattribuzione chirurgica del sesso ed al conseguente mutamento dei dati anagrafici, dopo aver seguito una terapia ormonale femminilizzante che aveva modificato i suoi caratteri sessuali secondari, ed infine si presentava da oltre venti mesi con identità femminile, in tutti i contesti sociali frequentati. Valutate dunque non solo le condizioni psico-sessuali del minore, come attestate dal servizio per il sostegno dell'identità di genere dell'Asl territorialmente competente, ma anche il grado di sviluppo dallo stesso raggiunto, il Tribunale condivisibilmente autorizza l'intervento, a tutela del diritto fondamentale all'effettiva identità sessuale, al fine del raggiungimento di uno stabile equilibrio psicologico e sociale.

In un caso analogo, la decisione di inammissibilità legata al difetto di legittimazione attiva del genitore, in quanto si tratta di azione strettamente personale, e al difetto di capacità di agire del minore, in proprio³², mostra, invece, di disconoscere la capacità di decidere del minore, capace di discernimento, circa l'esercizio dei propri diritti fondamentali.

Non di rado, infine, l'adolescente che prende conoscenza della propria omosessualità sperimenta una omofobia internalizzata che «costituisce un fattore di rischio nello sviluppo dell'identità omosessuale e nel mantenimento di un livello ottimale di salute»³³, e ciò è effetto di una cultura ostile ed omonegativa, sperimentata talora anche all'interno della famiglia, che mette l'adolescente sotto pressione a causa del suo orientamento sessuale, perché provi a cambiarlo, anche attraverso le terapie riparative, apertamente condannate dalla psichiatria clinica in quanto basate sull'assunto che l'omosessualità sia un disturbo mentale – mentre è stata espunta dalla classificazione internazionale delle malattie ICD-10 dell'OMS fin dal 1992 – o sulla convinzione che le persone debbano modificare il proprio orientamento sessuale, ed in quanto produttive di danni in ragione del fallimento sperimentato dopo l'illusione circa il successo, che costituisce una significativa causa di *distress* e di una rappresentazione di sé negativa³⁴.

all'ordine pubblico una norma che ammetta l'operazione chirurgica diretta al mutamento di sesso, ma soltanto in circostanze tali da limitare fortemente la possibilità del pregiudizio all'integrità fisica. Viceversa, è da reputare contraria all'ordine pubblico una normativa – come quella peruviana – consistente nel vietare sempre una simile operazione chirurgica, in quanto essa sacrifica integralmente il bene della salute psicologica dell'interessato».

32 Tribunale di Catania, sentenza del 12 marzo 2004, in *Gius*, 2004, p. 2740.

33 M. Selvaggi, *Aspetti psicologici nell'adolescente omosessuale*, cit., p. 20, precisa che «alti livelli di omofobia internalizzata sono associati con minore autostima e *distress* psicologico come pure con sintomi depressivi».

34 L'American Psychiatric Association, l'American Academy of Pediatrics, l'American Medical Association, la American Psychological Association, l'American Counselor Association, e la National Association of Social Workers hanno supportato l'Office of the Surgeon General (US) e Office of Population Affairs (US), *The Surgeon General's call to Action to Promote Sexual Health and Responsible Sexual Behavior*, Rockville, 2001, che ha accertato come non esistono evidenze scientifiche circa la possibilità che l'orientamento sessuale sia modificabile per effetto di pressioni esterne, ed il Consiglio Nazionale dell'Ordine degli Psicologi, *Comunicato stampa*, Roma, 23-8-2013, in *psy.it*, ha ricordato che è imposto agli psicologi, quale dovere deontologico, di astenersi da alcuna terapia riparativa, collaborando anzi coi pazienti in caso di disagi relativi alla sfera sessuale: «Affermare che l'omosessualità possa essere curata o che l'orientamento sessuale di una persona si debba modificare – come recentemente dichiarato dal vicepresidente Unione Giuristi Cattolici Italiani – è una informazione scientificamente priva di fondamento e portatrice di un pericoloso sostegno al pregiudizio sociale ancora così fortemente radicato nella nostra società come dimostrano, purtroppo, i sempre più diffusi fatti di cronaca». Anche la ricordata *Dichiarazione interagenzia*, cit., di Organizzazione Mondiale della Sanità, Ufficio dell'Alto Commissario per i Diritti Umani, delle Nazioni Unite, Programma Congiunto delle Nazioni Unite HIV / AIDS, Programma di sviluppo delle Nazioni Unite, Fondo per la popolazione delle Nazioni Unite, Fondo delle Nazioni Unite per bambini, invita gli Stati «ad abrogare qualsiasi legge che consenta trattamenti invadenti e irreversibili, tra cui la chirurgia genitale-normalizzante forzata, la sterilizzazione forzata, la sperimentazione non etica, "terapie riparative" o "terapie di trasformazione" se eseguiti o somministrati senza il consenso libero e informato della persona interessata». È stato depositato il d.d.l. AS 2402, recante norme di contrasto alle terapie di conversione dell'orientamento sessuale dei minori, di iniziativa del sen. Lo Giudice, che punisce con la reclusione fino a due anni e con la multa da 10.000 a 50.000 euro, la pubblicazione della sentenza e la confisca delle attrezzature utilizzate, chiunque, esercitando la pratica di psicologo, medico psichiatra, psicoterapeuta, terapeuta, consulente clinico, counselor, consulente psicologico, assistente sociale, educatore o pedagogista, faccia uso su soggetti minorenni di pratiche rivolte alla conversione dell'orientamento sessuale. Se la condotta di cui all'art. 2 è posta in essere nell'esercizio di una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dallo Stato, la condanna comporta la sospensione dall'esercizio della professione da un minimo di un anno a un massimo di cinque anni.

Al contrario, l'accettazione all'interno della famiglia è correlata ad una più alta autostima, un maggior supporto sociale ed una migliore salute generale³⁵, anche per l'importanza del sostegno rispetto alla discriminazione sperimentata in altri ambienti, come quello scolastico³⁶.

4. Istituti di protezione dell'identità del minore: i provvedimenti *de potestate*

Al giurista si impone di rintracciare gli strumenti di composizione di eventuali contrasti che insorgano tra gli esercenti la responsabilità genitoriale e il bambino o il fanciullo, allo scopo di tutelare quest'ultimo, tra *a*) i provvedimenti limitativi o ablativi della responsabilità verso uno o entrambi i genitori, *b*) i rimedi risarcitori all'inadempimento ai doveri genitoriali, e *c*) le sanzioni penali, avendo cura di premettere che tali rimedi non sono alternativi gli uni agli altri, ma la scelta e la relativa gradazione dipendono dalla prudente valutazione del giudice e dalla domanda. Se ne possono in questa sede tracciare almeno le linee distintive fondamentali, utili a dirigere l'operatore verso l'uno o l'altro, in ragione delle circostanze del caso concreto.

Quanto ai provvedimenti *ex artt.* 333 ss. c.c., valga ricordare che la competenza a conoscere sulla relativa domanda è di regola radicata nel tribunale per i minorenni, a norma dell'art. 38 disp. att. c.c., salvo che sia pendente un giudizio di separazione e fino alla sua definizione, o per la domanda di modificazione delle condizioni di separazione per causa della condotta gravemente pregiudizievole o dell'abuso grave dell'altro genitore, nel qual caso spetta al tribunale ordinario o alla corte di appello in composizione ordinaria. La legittimazione attiva spetta, ai sensi dell'art. 336 c.c., all'altro genitore, ai parenti o al pubblico ministero, reso edotto dai servizi sociali, dalla scuola, dalla polizia giudiziaria o anche dallo stesso minore. La norma evidenzia il ruolo attivo dei nonni (o degli altri parenti) «in casi di veri e propri abusi dell'autorità parentale. Pensiamo al ricorso sistematico alla violenza fisica o peggio

- 35 C. Ryan, S. Russel, D. Huebner, R. Diaz e J. Sanchez, *Family acceptance in Adolescence and the Health of LGBTI young adults*, in *Child Psychiatric Nurs.*, 23/2010, p. 205. Occorre dunque supportare i genitori ad integrare in sé la realtà dell'omosessualità, elaborando i propri timori, sentimenti, ed emozioni, al fine di convertirle in risorse positive nel rapporto educativo con il figlio, che proprio dalla famiglia attende quella legittimazione esistenziale e quella conferma di sé necessaria per guardare a se stesso positivamente e per affrontare l'inserimento sociale. Il genitore rimane una risorsa educativa imprescindibile per il figlio tanto più se questo vive una situazione di difficoltà, pregiudizio e discriminazione.
- 36 B.E. Hernández-Truyol, *La juventud y las familias LGBTI como poblaciones vulnerables: mito y realidad de las protecciones legales*, in B.E. Hernández-Truyol e R. Virzio (a cura di), *Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minori*, cit., p. 31 ss., evidenzia come, sebbene le fonti internazionali proteggano in tutto il mondo i diritti alla vita, alla sicurezza, all'istruzione, alla riservatezza e alla famiglia, le persone LGBTI vedono tali diritti regolarmente violati. Cfr. anche M.M. Winkler e G. Strazio, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Milano, 2011; Idd., *Il nostro viaggio. Odissea nei diritti LGBTI in Italia*, Milano-Udine, 2015. Il Comitato per i Diritti del Fanciullo ha più volte formulato raccomandazioni generali e per i singoli Stati aderenti alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, affinché depenalizzino i comportamenti omosessuali degli adolescenti e mettano in atto misure positive di protezione da ogni forma di violenza, discriminazione o bullismo. Si segnalano, in particolare, le *Concluding observations on the second periodic report of the Holy See*, UN, 25-2-2014, il cui § 26 recita «The Committee recommends that the Holy See bring all its laws and regulations as well as policies and practices into conformity with article 2 of the Convention and promptly abolish the discriminatory classification of children born out of wedlock as illegitimate children. The Committee also urges the Holy See to make full use of its moral authority to condemn all forms of harassment, discrimination or violence against children based on their sexual orientation or the sexual orientation of their parents, and to support efforts at the international level for the decriminalization of homosexuality». Cfr. C. Danisi, *Tutela dei diritti umani, non discriminazione e orientamento sessuale*, Napoli, 2015, 65; R. Virzio, *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo*, in B.E. Hernández-Truyol e R. Virzio (a cura di), *Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minori*, cit., 107 ss. Il 2 ottobre 2015, i deputati Costantino, Duranti, Ricciatti, Pannarale, Palazzotto, Melilla e Piras hanno presentato una interrogazione al Presidente del Consiglio dei ministri e al Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, a proposito della diffusione, in un istituto scolastico arcivescovile paritario di Trento, di un testo utilizzato per l'educazione all'affettività dei ragazzi e delle ragazze, in cui si rappresentava l'omosessualità come «un disordine nella costruzione della propria identità sessuale», promuovendo in quanto «alquanto opportuno, accompagnare l'omosessuale perché modifichi il suo orientamento sessuale», che è «una tendenza contro il progetto di Dio», in quanto «un rapporto fra omosessuali è dunque sempre da condannare». L'interrogazione testualmente riferisce che «le conseguenze di insegnamenti come quello attuato nella scuola trentina comportano negli studenti il rafforzamento di stereotipi e pregiudizi, dell'omofobia interiorizzata e del *minority stress*, con conseguenze che producono discriminazione, violenza omofobica e arrivano fino al suicidio che – non a caso – è statisticamente più alto tra i minori omosessuali».

all'abuso sessuale; a vessazioni di cui il minore omosessuale sia vittima da parte dei genitori»³⁷, a completamento dell'importanza della figura avita, ben oltre il dovere di fornire ai genitori il necessario per mantenere i figli, *ex artt.* 147 e 316 *bis* c.c., o il diritto di mantenere rapporti significativi coi nipoti, *ex art.* 317 *bis* c.c. È tuttavia ipotizzabile un cumulo di domande innanzi al giudice minorile ogni volta che i genitori violenti sui figli omosessuali escludano dalla loro vita i nonni, che si oppongono a questi maltrattamenti, applicandosi l'art. 336, 2° comma, c.c. sul rito. Per tale ragione non sembra condivisibile l'orientamento secondo il quale i nonni non possono proporre le stesse domande al innanzi al Tribunale ordinario, in nome della concentrazione delle tutele, e per evitare giudicati contraddittori³⁸.

Il giudizio innanzi al giudice minorile è ispirato all'ascolto del minore capace di discernimento, e si conclude con un provvedimento in camera di consiglio, dopo che siano state assunte informazioni e sentito il pubblico ministero, garantendo sia ai genitori che al minore l'assistenza di un difensore tecnico. Il contenuto del provvedimento si estende a tutti i «provvedimenti convenienti», in caso di condotta che non costituisce una pronuncia di decadenza dalla responsabilità ma è comunque incisivo, potendo trattarsi di ordini tipici, quali quelli di allontanamento dalla residenza familiare del figlio, «ovvero del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore», in ragione della novella dettata con l. n. 149 del 2001, la rimozione dall'amministrazione del patrimonio del minore *ex art.* 334 c.c., ma anche di provvedimenti atipici tra i quali riteniamo possa comprendersi anche l'ordine di versamento di un assegno periodico e/o l'affidamento temporaneo previsto dall'art. 5, l. adozione, a una famiglia o a un istituto.

Esiste infatti un concorso apparente di norme con l'art. 342 *ter* c.c., che disciplina il contenuto degli ordini di protezione contro gli abusi familiari, e l'applicabilità agli abusi su minori (o dei quali il minore è autore) dipende dall'art. 5 della l. n. 154 del 2001. La competenza in questo caso è del Tribunale ordinario, ed il contenuto, dettagliato, comprende il pagamento periodico di un assegno, con eventuale distrazione dalla retribuzione. Questa sovrapposizione dei presupposti oggettivi – che sono il grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà nell'art. 342 *bis* c.c. e la condotta di maltrattamento o abuso nell'art. 330, 2° comma, c.c. e art. 333 c.c. – conduce a risolvere il conflitto, di regola, secondo il criterio di specialità astratta, per cui la disciplina generale degli artt. 342 *bis* e 342 *ter* c.c. non può essere invocata per porre rimedio agli abusi commessi nei rapporti intercorrenti tra genitori e figli minori, abusi regolati in via esclusiva dagli artt. 330, 2° comma, e 333, 1° comma, c.c.³⁹, ma in caso di violenza assistita, ove la vittima diretta dei maltrattamenti è un genitore e i figli siano costretti ad assistervi, può sussistere sovrapposizione di competenze tra giudice civile e Tribunale per i minorenni⁴⁰.

Ciò non esclude che, nell'ambito dei provvedimenti convenienti che il tribunale minorile può adottare a norma dell'art. 333 c.c. possano rientrare quelli dettagliati dal 342 *ter*, allorché il genitore o il convivente allontanato sia l'unica o la principale fonte di sostentamento del minore, anche in applicazione diretta dell'art. 316 *bis*, il cui 2° comma prevede che il giudice può ordinare con decreto che una quota dei redditi dell'obbligato, in proporzione ai redditi dello stesso, sia versata direttamente all'altro genitore o a chi sopporta le spese per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione del minore.

La più recente giurisprudenza di legittimità esclude, invece, che il giudice possa ordinare ai genitori di sottoporsi ad un percorso psicoterapeutico individuale e a un percorso congiunto di sostegno alla genitorialità⁴¹, in quanto lesivo della libertà personale e in contrasto con l'art. 32 Cost., che vieta l'im-

37 F. Bilotta, *Diritti e doveri dei nonni*, in P. Cendon (a cura di, in collaborazione con E. Pasquinelli), *Persona e danno*, Milano, 2004, p. 3079 ss.

38 La giurisprudenza (per cui v. almeno Cass. civ., sentenza dell'8 marzo 2013, n. 5847, cit.) è contraria, ritenendo che l'art. 38 disp. att. c.c. prevede l'attrazione della competenza sui provvedimenti *de potestate* in favore del Tribunale ordinario solo quando il procedimento in corso davanti a quest'ultimo verta tra le stesse parti. La questione è stabilire se tale vincolo operi anche quando l'iniziativa per i provvedimenti *ex art.* 333 c.c. sia del p.m. minorile, mero interventore, o dei parenti legittimati *ex art.* 336 c.c., che non possono promuovere il giudizio separativo davanti al giudice ordinario, e neppure intervenire *ad adiuvandum*. La minima garanzia imprescindibile è che i due uffici siano tenuti alla trasmissione degli atti, allo scopo di assicurare un opportuno coordinamento dei rispettivi interventi.

39 Tribunale di Piacenza, decreto del 23 ottobre 2008, in *Foro Padano*, 2010, p. 431 ss., con nota di G. Danovi,

40 Tribunale di Genova, decreto del 7 gennaio 2003, in *Famiglia e diritto*, 2004, p. 387; Tribunale di Reggio Emilia, decreto del 10 maggio 2007, in *Famiglia persone successioni*, 2007, p. 843.

41 La S.C. ha cassato il provvedimento del giudice del merito (Corte d'Appello di Firenze, sentenza del 18 aprile 2013) che, in un caso di affidamento condiviso, aveva imposto ad entrambi i genitori, risultati immaturi a seguito di c.t.u., lo svolgimento di un percorso psicoterapeutico individuale e di coppia, ritenendo tale prescrizione come avente finalità estranea al giudizio e in contrasto con gli artt. 13 e 32 Cost., in quanto lesiva del diritto alla libertà personale e della disposizione che limita l'imposizione di trattamenti sanitari alle ipotesi previste dalla legge; in ogni caso, secondo altro giudice di merito, l'invito giudiziale ad uno o entrambi i genitori a sottoporsi ad interventi di supporto, anche di tipo terapeutico, utili a superare fragilità e criticità personali, per quanto rimessi alla libertà di scelta dell'adulto, è pur sempre finalizzato alla tutela dell'interesse

posizione di trattamenti sanitari fuori dei casi previsti dalla legge. La Corte d'Appello di Firenze aveva ordinato ai genitori di sottoporsi ad un percorso psicoterapeutico all'esito della verifica del fallimento del percorso di mediazione, a causa della immaturità della coppia genitoriale, e la S.C., pur ritenendo che la prescrizione non imponesse un vero obbligo, la esclude in quanto «la realizzazione di una maturazione personale dei genitori non può non che rimanere affidata al loro diritto di autodeterminazione». Limita di conseguenza l'intervento del servizio sociale a quanto strettamente collegato all'osservazione del minore e al sostegno ai genitori nell'esercizio della responsabilità.

La decisione appare lontana dal canone di promozione dell'interesse superiore del fanciullo, rispetto al quale lascia prevalere l'autodeterminazione dei genitori; inoltre, mentre la riserva di legge espressa dal precetto costituzionale attua il bilanciamento tra diritto alla salute come interesse del singolo e della collettività, è opportuno evidenziare che in fattispecie come questa si impone il suo bilanciamento col l'interesse, di natura pubblicistica, del minore, e con i doveri che sorgono dalla responsabilità genitoriale, senza dire che un trattamento meramente psicologico non sarebbe medico, e che riconoscere «penetrante intervento» ai servizi sociali potrebbe finire per compromettere ancora maggiormente la libertà personale, coperta anch'essa da riserva di legge (art. 13 Cost.)⁴².

Ad ogni modo, del rifiuto di partecipare al percorso, della mancata maturazione come genitore e dell'indisponibilità a crescere, deve tenersi conto ai fini della pronuncia della decadenza dalla responsabilità, in quanto il genitore viola o trascura i doveri ad essa inerenti, con grave pregiudizio del figlio.

5. Danno endofamiliare

Quanto al risarcimento del danno endofamiliare, che lo si fonda sulla disciplina della responsabilità per fatto illecito o sull'art. 709 *ter* c.p.c.⁴³, ogni volta che tale norma trovi applicazione devono distinguersi: a) l'ipotesi di contrasti tra i genitori nell'esercizio della responsabilità genitoriale o delle modalità di affidamento, rispetto alle quali il giudice adotta i provvedimenti opportuni, specialmente quindi in ordine alle decisioni da prendere sulle questioni di maggiore interesse, ma anche in quelle di ordinaria amministrazione, riguardanti i figli minori, o alle modalità dell'affidamento, ed in tale ambito all'adozione, in caso di gravi inadempienze o di atti che arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, dei provvedimenti sanzionatori previsti dal codice di rito, anche in unione con la modifica dei provvedimenti in vigore relativamente a tali modalità; si tratta di provvedimenti privi di contenuto decisorio, che attengono piuttosto al controllo esterno sull'esercizio della potestà genitoriale in attuazione – anche mediante una più precisa determinazione e specificazione – di quanto disposto dal giudice della separazione o del divorzio; b) l'ipotesi in cui siano accertate inadempienze e violazioni gravi, «atti che comunque arrechino pregiudizio al minore» o che «ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento»; in questo ambito, a tutela del diritto del figlio minore alla bigenitorialità, il giudice potrà modificare i provvedimenti in vigore e/o adottare una, o più di una, delle misure coercitive e sanzionatorie previste nell'art. 709, 2° comma, c.p.c., e così ammonire il

e dell'equilibrio psicofisico del minore e come tale apprezzabile in relazione ai provvedimenti concernenti la responsabilità genitoriale e l'affidamento: cfr. Cass. civ., sentenza del 1° luglio 2015, n. 13506 e Tribunale di Milano, sentenza del 10 settembre 2015, entrambe in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, p. 18 ss., con ampia nota di Man. Mantovani, *Immaturità, fragilità dei genitori e affidamento dei figli: sul lettino di Freud*; il provvedimento della S.C. si può leggere anche in *Giurisprudenza italiana*, 2015, p. 2316 ss., non nota di L. Attademo, *La psicoterapia individuale non può essere imposta ai genitori*; in *Questioni di diritto di famiglia*, 8/2015, p. 84.

42 Come nota F. Danovi, *L'ordine di effettuare terapie e percorsi di sostegno: i poteri del giudice travalicano davvero la libertà delle parti?*, in *Famiglia e diritto*, 2016, p. 554 ss., amaramente constatando che si tratta di una rinuncia del diritto a tutelare efficacemente il fanciullo.

43 Su cui v. almeno A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, cit., p. 463 ss.; G. Frezza, *Appunti e spunti sull'art. 709-ter c.p.c.*, in *Giustizia civile*, 2009, II, p. 29 ss.; M. Sesta, *La violazione delle modalità di affidamento e i rimedi di cui all'art. 709 ter c.c.*, in *www.consigliazionaleforense.it*; B. Lena, *La responsabilità per violazione dei provvedimenti sull'affidamento*, in M. Sesta (a cura di), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino, 2008, p. 262 ss.; Tribunale di Messina, decreto dell'8 ottobre 2012, in *Danno e responsabilità*, 2013, p. 409, con nota di P. Pardolesi, *Vocazione sanzionatoria dell'art. 709 ter c.p.c. e natura polifunzionale della responsabilità civile*; A. Morace Pinelli, *La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali*, in *Rivista di diritto civile*, 2014, I, p. 1226 ss.; M. Paradiso, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Famiglia persone successioni*, 2011, p. 22; A. Nicolussi, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Europa e diritto privato*, 2008, p. 929 ss., spec. 959 ss.; G. Vettori, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, in *Famiglia persone successioni*, 2007, p. 200; per C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, cit., p. 63 e p. 352; e Id., *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, rist. 1991, 82, la disciplina della responsabilità contrattuale è applicabile in via analogica.

genitore inadempiente, disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore, disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro, condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, a favore della Cassa delle ammende; i genitori possono dunque proporre la domanda, anche in mancanza di una controversia insorta tra di loro, allorché si siano già verificate delle gravi inadempienze o delle violazioni da parte di un genitore, al provvedimento di affidamento, e la competenza spetta al Tribunale ordinario, che sarà il giudice della separazione, se il processo è in corso, oppure il Tribunale del domicilio del minore per la modifica dei provvedimenti assunti.

L'ammonizione e l'ammenda possono, in particolare, costituire uno strumento idoneo a spronare il genitore a superare i contrasti, nell'interesse del minore⁴⁴, come anche le misure di coercizione indiretta di cui all'art. 614 *bis* c.p.c., che si distinguono da quelle di cui all'art. 709 *ter* c.p.c., perché si tratta di provvedimenti preventivi e contestuali a quello di condanna, mentre gli ultimi sono repressivi del pregresso inadempimento, e riferiti alla separazione, al divorzio o alla crisi della famiglia non matrimoniale, e possono comprendere la frequenza dei percorsi psicologici di sostegno, gli obblighi di astenersi da comportamenti dannosi.

Infine, sanzioni penali risultano dall'applicabilità dell'art. 7 del d.l. 23-2-2009, n. 11, recante "Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori", convertito in l. 23-4-2009, n. 38, che ha introdotto il reato di cui all'art. 612 *bis* c.p., di "atti persecutori", in base al quale «salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita». La commissione degli atti persecutori può essere aggravata da una circostanza specifica ad effetto speciale, con aumento della pena fino alla metà, se il fatto è commesso in danno di un minore; la procedibilità è subordinata alla proposizione della querela entro sei mesi, salvo che l'autore sia stato precedentemente ammonito e salva la procedibilità d'ufficio quando gli atti persecutori siano stati compiuti contro un minore o un disabile o, ancora, siano connessi con altro delitto per il quale si procede d'ufficio.

Esiste, inoltre, una diffida *ante causam*, che costituisce una misura interdittivo-monitoria, nella forma dell'ammonimento, che l'autorità di pubblica sicurezza può emanare su richiesta della vittima e sulla base dell'assunzione di informazioni da parte del questore, ancor prima della presentazione della querela, al fine di fornire tutela anticipata e preventiva alla persona offesa dal reato⁴⁵.

Nulla quaestio circa l'applicabilità dei reati di maltrattamenti in famiglia, di cui all'art. 572 c.p.⁴⁶, con conseguente ordine di allontanamento dalla casa familiare e contestuale ordine di pagamento di un assegno periodico⁴⁷, ex art. 282 *bis* c.p.p., nonché della misura di cui all'art. 282-*ter* c.p.p., del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, che costituisce uno strumento cautelare finalizzato ad interrompere le condotte persecutorie connotate di rilevanza penale, già prima della verifica processuale e dell'accertamento della responsabilità penale dell'indagato.

44 Come nel caso deciso da Tribunale di Roma, sentenza del 27 giugno 2014, in www.personaedanno.it, con nota di M.A. Mazzola, *Nei conflitti familiari l'art. 709 ter c.p.c. c'è desto?*, in M. Casonato e M.A. Mazzola, *Alienazione genitoriale e sindrome da alienazione parentale* (PAS), Trieste, 2016, p. 194.

45 Consiglio Superiore della Magistratura, *Espressione di un parere sul d.l. 23-2-2009, n. 11*, in www.csm.it: «lo scopo che il provvedimento si prefigge è in primo luogo quello di dare un segnale di forza e di intransigenza nei confronti di coloro che si rendono colpevoli di delitti così infamanti e nello stesso tempo di costituire un segnale di riconoscimento e di attenzione, tangibile ed evidente, per le persone offese dal reato e per le vittime dei reati stessi, meritevoli di una tutela da parte dello Stato più incisiva rispetto a quella attualmente apprestata dall'ordinamento giuridico».

46 Rispetto al quale è possibile risarcire sia il danno biologico conseguente alla lesione dell'integrità psicofisica, sia il danno morale ex art. 2059 c.c., per le sofferenze patite dal minore, il quale ha diritto al rispetto del suo «tempo di crescita», che si deve estrinsecare in un processo evolutivo ordinato, in cui eventi traumatici o stressanti devono essere assenti, per Corte d'appello di Salerno, sentenza dell'8 gennaio 2009, in *Corriere merito*, 2009, 467.

47 Corte di cassazione pen., sentenza del 12 maggio 2009, XY, in *Danno e responsabilità*, 2009, p. 1112, con nota di C. Piergallini, *Allontanamento dalla casa familiare*. Le condizioni che hanno portato all'allontanamento di un figlio minore debbono continuare a permanere secondo un monitoraggio periodico, diversamente integrandosi la violazione dell'art. 8 CEDU, sotto il profilo dell'inadempimento degli obblighi positivi dello Stato: v., di recente, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 28 aprile 2016, *Cincimino c. Italia*, in www.hudoc.echr.coe.int.

Giacomo Viggiani*

Appunti per un'epistemologia del sesso anagrafico

Sommario

1. Premessa - 2. Dal sesso fenotipico... - 3. ...al sesso cromosomico - 4. Il sesso psichico - 5. Condizione intersessuale e rettificazione

Abstract

Secondo la medicina, un soggetto è dotato di tre sessi: il sesso cromosomico, il sesso fenotipico e il sesso psichico. Il sesso anagrafico è però solo uno. Quale dei tre rappresenta? Dare una risposta non è compito facile, eppure è di capitale importanza: non si può accogliere una richiesta di rettificazione di attribuzione di sesso né ricusarla, se prima non si è trovato un accordo su quale sia il sesso da tenere come parametro di verità per la rettificazione stessa. Al tentativo di trovare questa risposta è dedicato questo lavoro. Alcune riflessioni finali in tema di diritto processuale civile italiano completano l'analisi.

Roughly speaking, sex can be considered in terms of three categories in medicine: genotypic sex, phenotypic sex, and gender identity. On the contrary, the anagraphic or legal sex is only one. Which of the three represents? Giving an answer is not an easy task, yet it is of paramount importance: a request for having the own legal sex changed cannot be accepted or denied, unless an agreement has been reached on which sex is to be considered as a criterium of truth for the recognition itself. This paper is devoted to find an answer to this question. Some final reflections on the Italian civil procedural law complete the analysis.

1. Premessa

La dottrina, in particolare nell'ultima decade, si è dedicata efficacemente a sviscerare sotto vari profili (costituzionale, privato, processuale) il tema della rettificazione di attribuzione di sesso, con eccellenti risultati sia a livello scientifico che ordinamentale, confermando la tesi di Giovanni Tarello che l'*interpretatio* dottrinale può essere, a suo modo, una fonte del diritto¹. Il dibattito in tema di rettificazione, che ha trovato la sua scaturigine nei lavori e poi nella promulgazione della l. 164 del 1982, è inoltre stato continuamente rilanciato della giurisprudenza, ordinaria e costituzionale, in tema di transessualità, con un accento sull'ultimo lustro². Né può obliterarsi l'interesse che in questo ambito ha suscitato, proprio

* Ricercatore di Filosofia del diritto, Università di Brescia.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 G. Tarello, *Storia della cultura giuridica. Illuminismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1998.

2 Particolare notorietà ha avuto negli ultimi anni il cosiddetto caso "Bernaroli", relativo alla vigenza di un rapporto di coniugio dopo che uno dei coniugi aveva ottenuto la rettificazione di attribuzione anagrafica del sesso. *Ex multis*: S. Patti, *Divorzio della persona transessuale e protezione dell'unione "ancorché non più matrimoniale"*, in *Corriere Giuridico*, 32, 8/9, 2015, pp. 1048-1056; M. Azzalini, *Dal "divorzio imposto" al matrimonio "risolutivamente condizionato": le bizzarre ed inique sorti del matrimonio della persona transessuale*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 31, 9, 2015, pp. 780-791; G.P. Dolso, *Un matrimonio a tempo per il "transessuale tardivo": considerazioni sul 'seguito' della sentenza 170 del 2014 della Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, 2, 1, 2015,

nell'ultima decade, l'emergente tematica della intersessualità, contribuendo a rendere la discussione in merito all'attribuzione di sesso e alla sua modifica ancora più attiva e vivace³.

Prendere le mosse nell'alveo di questa tradizione potrebbe far apparire il tentativo di elaborare uno studio critico della natura e dei limiti della categoria di sesso anagrafico inutile nel migliore dei casi, indizio di sicumera nel peggiore. Eppure si compulterebbe invano la dottrina più avvalorata e le brillanti e profonde dissertazioni sui vari aspetti di questa categoria giuridica alla ricerca di un contributo che ne tracci non le applicazioni o i suggerimenti di riforma, ma il perimetro concettuale: qual è il corrispettivo fenomenico del sesso anagrafico? E, di converso, su quale base si attribuisce il sesso anagrafico?

Non si intende, ovviamente, accusare la dottrina di negligenza e trascuratezza. La risposta a questi interrogativi può apparire *prima facie* scontata: il sesso anagrafico è la trasposizione, nel mondo del diritto, del sesso del soggetto! Sorge però spontanea un'altra domanda: qual è il sesso del soggetto? Questa domanda è meno scontata delle precedenti, anzi è più che legittima, stante che, secondo la scienza di Esculapio, un soggetto possiede almeno tre sessi. Il primo è il sesso cromosomico (o genotipico), identificato con l'ultima coppia di cromosomi del cariotipo umano, ovvero con quelle coppie che generalmente sono XX o XY. Il secondo è il sesso fenotipico, cioè i caratteri sessuali (primari e secondari) che l'individuo manifesta a livello morfologico. Terzo e ultimo è il sesso psichico (o identità di genere), ovverosia la convinzione che un soggetto ha di appartenere a un sesso anziché a un altro, la dimensione psicosessuale del sesso. Nella realtà i sessi sono tre, mentre nella legalità solo uno. A quale dei tre corrisponde il sesso anagrafico?

Dare una risposta non è compito facile, eppure è di capitale importanza: non si può accogliere una richiesta di rettificazione di attribuzione di sesso né ricusarla, se prima non si è trovato un accordo su quale sia il sesso (cromosomico, fenotipico o psichico) da tenere come parametro di verità per la rettificazione stessa. Al tentativo di trovare questa risposta è dedicato questo contributo.

2. Dal sesso fenotipico...

Al fine di delineare un'epistemologia del sesso anagrafico, appare ragionevole indagare innanzitutto il momento topico della nascita, poiché al neonato verrà attribuito il sesso, che, salvo eccezioni, manterrà per tutta la vita. Chi lo attribuisce? Poiché il sesso compare tra le generalità del soggetto, conviene cercare delucidazioni nell'ordinamento di stato civile. E infatti nell'art. 29, comma 2, del D.P.R. 3 novembre 2000 n. 396 si trova scritto che «Nell'atto di nascita sono indicati il luogo, l'anno, il mese, il giorno e l'ora della nascita, le generalità, la cittadinanza, la residenza dei genitori [...], il sesso del bambino e il nome che gli viene dato»⁴. Orbene, poiché l'atto di nascita è redatto dall'ufficiale dello stato civile, si potrebbe concludere che sia lui ad attribuire il sesso al neonato, ma sarebbe una conclusione affrettata. Ai sensi dell'art. 30, comma 4, dello stesso D.P.R., egli, ai fini della formazione dell'atto di nascita, si limita a recepire le informazioni contenute nella dichiarazione di nascita, che i genitori sono tenuti a fare entro dieci giorni presso il comune nel cui territorio è avvenuto il parto ovvero entro tre giorni se presso l'ospedale. Sono dunque i genitori ad attribuire il sesso al figlio, come fanno col prenome, che poi l'ufficiale dello stato civile si limita a recepire? Ancora una volta si cadrebbe in errore. L'art. 30, comma 2, prescrive che

pp. 1-14; F. Bartolini, *Divorzio del transessuale e "conversione" del matrimonio eterosessuale: un nuovo inizio?*, in *Rivista Critica del diritto privato*, 32, 2, 2014, pp. 235-250; S. Patti, *Il divorzio della persona transessuale: una sentenza di accoglimento che non risolve il problema*, in *Il Foro Italiano*, 139, 10, 2014, pp. 2685-2689; A. D'Aloia, *Il "divorzio obbligato" del transessuale è incostituzionale?*, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2014, pp. 149-151; P. Bianchi, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: divorzio "imposto", incostituzionale ma non troppo*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 2014, pp. 669-671; F. Biondi, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: una sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio "imposto"*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 2014, pp. 666-668; B. Pezzini, *Oltre il "caso Bernaroli": tecniche decisorie, rapporti tra principi e regole del caso e vicende del paradigma eterosessuale del matrimonio*, in questa *Rivista*, 2, 1, 2015, pp. 1-12.

3 A. Lorenzetti, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto: intersessualità e tutela della persona*, in *Rivista di biodiritto*, 2, 2015, pp. 109-127 e *La problematica dimensione delle scelte dei genitori sulla prole: il caso dell'intersessualismo*, in F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), *La Famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, pp. 485-493; L. Giacomelli, *Quando la vita infrange il mito della "normalità": il caso dei minori intersessuali*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 4, 2012, pp. 597-636. Mi si permetta anche di rimandare a G. Viggiani, *La condizione intersessuale. Spunti per un dibattito tra filosofia e diritto*, in *Notizie di Politeia*, 1, 2018, in pubblicazione.

4 Corsivo mio.

la dichiarazione di nascita dei genitori sia corredata dall'attestazione di avvenuta nascita⁵, redatta dal personale sanitario che ha assistito al parto e contenente «le generalità della puerpera, nonché le indicazioni del comune, ospedale, casa di cura o altro luogo ove è avvenuta la nascita, del giorno e dell'ora della nascita e del sesso del bambino»⁶. La genealogia del sesso anagrafico è dunque la seguente: l'indicazione sull'atto di nascita si basa su quella contenuta nella dichiarazione di nascita, che a sua volta riprende quella dell'attestazione di avvenuta nascita. Che è lo stesso che dire che l'ufficiale dello stato civile lo apprende dai genitori che lo hanno a loro volta appreso dal personale sanitario. Residua invero l'eventualità che i genitori dichiarino un sesso diverso da quello presente nell'attestazione di avvenuta nascita, ma è lecito supporre che in questo caso la seconda prevarrebbe. Pare comunque che una controversione di questo tipo non si sia mai occasionata.

La conclusione che sia il personale sanitario che assiste al parto, se non a effettuare, certo a vincolare la futura attribuzione del sesso anagrafico, non sorprende più di tanto. Non è forse il medico per primo, mentre il parto è ancora in corso, a esclamare "È una femmina/un maschio!"? Di lì a poco l'esclamazione troverà spazio per iscritto nell'attestazione di avvenuta nascita, generando la reazione a catena che si concluderà con la vera e propria attribuzione di sesso nell'atto di nascita. Come viene operata questa diagnosi? Su quale dei tre sessi si basa? La normativa ancora una volta tace, ma la risposta può essere ricavata per via inferenziale. Dei tre, il primo a doversi escludere è ovviamente il sesso psichico: non è accertabile in così tenera età. Il sesso cromosomico è invece diagnosticabile tramite un esame del cariotipo, ma richiederebbe del tempo, mentre l'accertamento del sesso alla nascita dura pochi secondi. Si potrebbe dire, anzi, che dura il tempo di uno sguardo, quello rivolto "a occhio nudo" ai genitali esterni del neonato. Sembrerebbe allora corretto consegnare la palma della vittoria al sesso fenotipico: esso è il parametro di riferimento per l'attribuzione del sesso anagrafico. Ma lo è invero in generale per la diagnosi del sesso della persona alla nascita. Anche se in ogni soggetto sussistono e possono essere distinti tre sessi, è anche vero che, nella maggioranza delle ricorrenze individuali, essi sono allineati. A un sesso fenotipico femminile corrispondono di solito un sesso cromosomico XX e un sesso psichico femminile. Diagnosticato il sesso fenotipico si sarebbero diagnosticati, in ultima analisi, pure gli altri due. Se dunque volessimo formalizzare la conclusione di questo ragionamento inferenziale, potrebbe apparire come di seguente:

Se sesso fenotipico (SF) = femminile (f) → sesso cromosomico (SC)/sesso psichico (SP) = f

Come tutte le ipotesi, bisogna vedere se resiste alla prova dei fatti e in particolare a quei casi che sono *borderline*. Mi riferisco alle fattispecie in cui i sessi sono disallineati, le quali, tenendo fermo l'assunto circa il binarismo sessuale, possono presentarsi in tre diverse combinazioni:

- 1) SF è uguale a SC, ma diverso da SP
- 2) SF è uguale a SP, ma diverso da SC
- 3) SF è diverso sia da SC che da SP

La combinazione 1 è definita come condizione transessuale, mentre la 2) e la 3) rientrano all'interno della condizione intersessuale. Poiché quest'ultima ha dalla sua due combinazioni su tre, conviene partire da essa, anziché dall'altra, per vedere se la nostra inferenza può essere verificata o falsificata dall'esperienza.

3. ... al sesso cromosomico

I casi conosciuti di minori intersessuali non sono molti, ma uno è recentemente balzato all'attenzione della cronaca. La vicenda è presto detta: nel 2014 nel Sud Italia a un neonato viene al mondo con fenotipo femminile e viene pertanto registrato all'anagrafe come femmina. Senonché, a seguito dell'individuazione di alcune caratteristiche anatomiche, esami medici più approfonditi rivelano che il soggetto – che ormai ha due anni – ha un bagaglio cromosomico XY. L'infante è probabilmente affetto dalla sin-

5 Se nessuno ha assistito alla nascita, viene redatta *ex post* la constatazione di avvenuto parto, al momento dell'arrivo del personale medico. Se neanche ciò è stato possibile, la puerpera può comunque rimediare con una dichiarazione sostitutiva (art. 29).

6 Corsivo mio.

drome da insensibilità agli androgeni, nota anche come sindrome di Morris. La refrattarietà agli ormoni androgeni causata dalla sindrome fa sì che il soggetto sviluppi caratteri fenotipici femminili, anche se spesso in assenza di utero e ovaie. La discrasia tra sesso cromosomico e sesso fenotipico risulta comunque più che evidente. Quale dei due è il “vero” sesso, che merita di essere riportato nell’atto di nascita?

Sopra abbiamo ipotizzato che sia il sesso fenotipico, ma la vicenda palermitana sembra smentirci. Una equipe medica altamente qualificata, di comune accordo con i genitori, ha asportando i genitali femminili e ha abbozzato quelli maschili. L’obiettivo dichiarato era “restituire al piccolo la sua identità di maschio”⁷. Il sesso cromosomico trionfa e prevale su quello fenotipico. Ovviamente dovrà seguire una richiesta di rettificazione di attribuzione di sesso anagrafico, che, si ricorderà, era femminile. I genitori (o i medici) non sembrano porsi dubbi che il giudice accoglierà tale richiesta: il fattore critico, l’ambiguità del neonato, è stata risolta. Sesso cromosomico e sesso fenotipico sono tornati in armonia. Tutto torna insomma alla “normalità”⁸. La nostra teoria invece risulta falsificata, come si evince facilmente dall’applicazione del *modus tollens*:

se $SF = f \rightarrow SC = f$
 ma $SC = \neg f$
 dunque $SF = \neg f$

Il sesso fenotipico non sta insomma sul gradino più della gerarchia dei sessi. Ciò non toglie che possa continuare a essere utilizzato, almeno provvisoriamente – ma anche validamente, nella stragrande maggioranza dei casi – come indizio di qualcos’altro. Come si è detto, i tre sessi sono, di norma, allineati. Detto altrimenti, in condizioni normali, il sesso fenotipico non sarebbe utilizzato come parametro di per sé, ma solo come indizio visibile degli altri due sessi. Laddove il sesso cromosomico sia però diverso da quello fenotipico, esso prevarrebbe, o almeno così sembrerebbe inferirsi dalla vicenda palermitana. Il principio-guida deve essere allora ribaltato e riformulato come di seguente:

Se $SC = f \wedge (SF = f \vee SF = \neg f) \rightarrow SF = f$

È d’uopo rimarcare che talvolta l’implicazione non è meramente descrittiva, ma performativa. Come si è visto nel caso palermitano, il sesso fenotipico può essere “forzato” ad armonizzarsi al sesso cromosomico, con gravi e permanenti pregiudizi per la salute del minore⁹.

La superiorità gerarchica del sesso cromosomico sul sesso fenotipico presenta inoltre un profilo problematico. Esso attiene ad alcune condizioni intersessuali, dove il sesso cromosomico non solo è diverso da quello fenotipico, talché uno è maschile e l’altro è femminile o viceversa, ma anzi non è categorizzabile in un sistema binario. Nella sindrome di Klinefelter, per esempio, a causa di un’alterazione genetica il soggetto possiede un cromosoma XXY e un fenotipo per lo più maschile, anche se scarsamente accentuato. Talvolta si trova scritto che è una condizione caratterizzata dalla presenza di un cromosoma sessuale X in più in soggetti di sesso maschile, ma non si vede perché non potrebbe bensì essere considerata come la presenza di un cromosoma sessuale Y in più in soggetti di sesso femminile. Sembra piuttosto la volontà a tutti i costi di etichettarlo come maschio e come femmina. Comunque sia, ciò che per noi più rileva è che un soggetto XXY non è traducibile nell’alfabeto anagrafico, che conosce solo le lettere M e F, tra loro esclusive.

Il sesso fenotipico è ambiguo, ma qual è il sesso cromosomico in questa fattispecie? Se applicassimo rigorosamente la formula di cui sopra, si dovrebbe concludere che a un sesso cromosomico ambiguo, può corrispondere un sesso fenotipico ambiguo, o non si avvertirebbe la necessità inderogabile e impel-

7 PalermoToday, *Nasce femmina, ma è maschio: operato per cambiare sesso bimbo di 2 anni*, 26 settembre 2016, <http://www.palermo-today.it/cronaca/politico-cambio-sesso-bambino-2-anni.html>.

8 Tralascio per economia le questioni etiche e bioetiche degli interventi medico-chirurgici praticati su neonati intersessuali, ampiamente diffuse. Su questo si vedano come esempi A. Lorenzetti, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto: intersessualità e tutela della persona*, cit. e S. Sytsma, (a cura di), *Ethics and intersex*, Springer, London, 2006.

9 Per esempio, l’asportazione delle gonadi avrà come conseguenza diretta la necessità di provvedere a una terapia ormonale sostitutiva per tutta la vita, la cui somministrazione, giova ricordare, deve essere sempre molto precisa, perché anche piccole alterazioni possono avere riflessi su tutto l’organismo, influenzando tra l’altro sul rischio di cancro. In secondo luogo, è probabile che gli interventi chirurgici effettuati a due anni non siano definitivi, ma che altri verranno calendarizzati per perfezionare il risultato. In terzo luogo, l’ampio tessuto cicatriziale che si è creato con questi primi interventi, non avendo la naturale elasticità dell’epidermide, non crescerà insieme al resto del corpo e dovrà essere periodicamente ritrattato fino al raggiungimento del completo sviluppo fisico.

lente di operare interventi chirurgici correttivi poco dopo la nascita, come invece avviene¹⁰. Al di là degli aspetti bioetici legali a questi interventi precoci e neonatali, in certi casi vere e proprie mutilazioni, ciò che qui ci interessa è come è diagnosticato il sesso della persona, anche per operare gli stessi interventi. Il sesso fenotipico presenta la compresenza di attributi di sessi diversi, mentre il sesso cromosomico non è incasellabile. Ebbene, a dare credito al rapporto *Human rights and intersex people* del Consiglio d'Europa del 2015, il medico cerca di capire verso quale sesso fenotipico il soggetto "prevalga". La scelta finale non è tuttavia rimessa alla sua completa discrezione, o almeno essa trova una guida euristica in un "fallometro"¹¹, atto a valutare se l'organo genitale presente sia abbastanza grande da essere considerato un pene o viceversa debba essere identificato come clitoride¹².

Va da sé che il "fallometro" è un principio euristico quanto mai opinabile: l'essere uomo o donna viene ridotto alla grandezza degli organi genitali. D'altra parte, è migliore di altri: durante le attività di ricerca del progetto europeo *Bleeding Love*¹³, coordinato dall'Università di Brescia nel 2015, è emerso che in Bulgaria viene negata la rettificazione di attribuzione di sesso alle persone transessuali in virtù del numero di piede¹⁴. In ogni caso, non ci è utile addentrarci adesso in questa discussione, che meriterebbe e richiederebbe un contributo a parte. Ciò che per noi rileva è che il "fallometro", nella sua opinabilità, sembra di nuovo invertire il rapporto gerarchico tra sesso cromosomico e sesso fenotipico, che torna al primo posto. Il sesso fenotipico, una volta superata l'ambiguità e accertata la "prevalenza", supera e ingloba l'ambiguità irrisolvibile del sesso cromosomico. Il risultato della diagnosi sarà quindi un uomo (o una donna) con sindrome di Klinefelter e non più un soggetto senza sesso.

In ultima analisi, pare che, a seconda dei tipi di intersessualità, uno dei due sessi prevalga sull'altro e che, in definitiva, non sia possibile stabilire con certezza il primato del sesso cromosomico sull'altro o viceversa. Il sesso anagrafico, pertanto, risulterebbe a seconda delle fattispecie, la trasposizione o del sesso cromosomico o di quello fenotipico e, per farla breve, una categoria ambigua. A meno che dunque non ci si voglia arrendere alla conclusione che il sesso anagrafico sia raccordato a sessi diversi in persone diverse, bisogna abbandonare la condizione intersessuale come strumento euristico e recuperare la transessualità.

4. Il sesso psichico

Si ricorderà che si erano elencate tre fattispecie in cui i tre sessi erano disarmonici, di cui una dove il sesso cromosomico e il sesso fenotipico erano tra loro allineati, ma in distonia rispetto a quello psichico. A ragione si era anche detto che questa combinazione identificava quella che è comunemente denominata condizione transessuale. Essa, a differenza dell'intersessualità, riceve già da molti anni l'attenzione del diritto, come testimonia bene la l. 164 del 1982, con quale il nostro Paese, terzo in Europa¹⁵, introdusse nell'ordinamento la facoltà di chiedere la rettificazione di attribuzione di sesso nei registri anagrafici. La previsione di una tale facoltà ha per noi un'importanza cruciale, perché in prima battuta sembra permettere a un individuo di cambiare sesso anagrafico a prescindere da quale connotazione abbiano sia il sesso cromosomico che il sesso fenotipico. Alla persona transessuale, in altri termini, sembrerebbe concessa la possibilità di vedersi attribuito un diverso sesso anagrafico facendo leva esclusivamente sul

10 UN/WHO, *Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization. An interagency statement*, 2014, http://www.who.int/reproductivehealth/publications/gender_rights/eliminating-forced-sterilization/en, p. 7: "Intersex persons may be involuntarily subjected to so-called sex-normalizing or other procedures as infants or during childhood, which, in some cases, may result in the termination of all or some of their reproductive capacity. Children who are born with atypical sex characteristics are often subjected to cosmetic and other non-medically indicated surgeries performed on their reproductive organs, without their informed consent or that of their parents, and without taking into consideration the views of the children involved".

11 Così lo definisce provocatoriamente S.J. Kessler, *Lessons from the intersexed*, New Brunswick, Rutgers University Press, 1998. Trattasi in realtà di tabelle graduate.

12 Consiglio d'Europa, *Human rights and intersex people*, 2015, <https://book.coe.int/eur/en/commissioner-for-human-rights/6683-pdf-human-rights-and-intersex-people.html>, p. 20: "male newborns with penises smaller than 2 cm considered 'too small' are 'assigned the female gender and reconstructed to look female', while clitorises larger than 0.9 cm are considered 'too big' and are reduced in size".

13 [Www.bleedinglove.eu](http://www.bleedinglove.eu).

14 L. Novachkova e M. Pisankaneva, *Bulgaria*, in G. Viggiani (a cura di), *La violenza domestica e di appuntamento verso donne LBT nell'Unione Europea*, 2015, pp. 37-53, p. 50.

15 A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, Franco Angeli, 2013, p. 31.

suo sesso psichico, dal che se ne potrebbe dedurre che è quest'ultimo che i registri anagrafici aspirano a contenere.

Le cose non stanno o almeno non sono state sempre così. Come si è detto la l. 164 del 1982 è stata, al momento della promulgazione, innovativa nel panorama europeo, ma ha sempre regolato la procedura di rettificazione di attribuzione di sesso in modo molto poco puntuale. Il testo della legge era ed è infatti molto scarno e allo stesso tempo lascia spazio a interpretazioni confliggenti. La chiave di volta normativa è costituita dall'art. 1, comma 1 («La rettificazione si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali»), scomponibile in due parti. La prima parte del comma riprende pedissequamente l'abrogato art. 454 c.c., che disciplinava in via generale la rettificazione degli atti dello stato civile (salvo le rettificazioni dovute a errori materiali) attraverso un procedimento ordinario che culminava in una sentenza. La seconda parte, che inizia con «a seguito di», lascia intendere che la rettificazione di cui alla prima parte si fa in forza di una modificazione dei caratteri sessuali, che il giudice è chiamato ad accertare. Così, allo stesso modo, la lettera dell'art. 3, comma 1 («Il tribunale, quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, lo autorizza con sentenza») e comma 2 («In tal caso il tribunale, accertata la effettuazione del trattamento autorizzato, dispone la rettificazione in camera di consiglio») ha indotto gran parte della giurisprudenza a credere che l'intervento chirurgico di riassegnazione del sesso fosse *conditio sine qua non* della rettificazione e che il giudice dovesse disporlo quando non avvenuto al momento dell'avanzamento della richiesta di rettificazione stessa. La materia restava comunque disomogenea, poiché i Tribunali dissentivano su quali fossero i caratteri sessuali da modificare e se all'intervento demolitivo dovesse seguirne obbligatoriamente uno ricostruttivo¹⁶.

Questa interpretazione della legge aveva ricadute anche sul piano processuale. I Tribunali sdoppiavano il rito camerale in due fasi, di cui una era il presupposto dell'altra. Un primo procedimento autorizzava al trattamento chirurgico¹⁷ e un secondo, sia logicamente che temporalmente, disponeva la rettificazione nei registri anagrafici. La duplicazione del procedimento appariva ai giudici necessaria in quanto, senza l'intervenuta modifica dei caratteri sessuali, il sesso anagrafico non poteva essere, letteralmente, rettificato. La prima attribuzione era stata corretta. Al contrario, una volta che il sesso fenotipico fosse cambiato, il giudice, tramite una *fictio iuris*, avrebbe preso atto che il sesso anagrafico non rispecchiava più il sesso (fenotipico) del soggetto e quindi ne avrebbe disposto la correzione¹⁸. D'altra parte, la stessa legge l. 164 del 1982 non titolava «norme sulla riattribuzione di sesso», bensì «norme sulla rettificazione di attribuzione di sesso». Anche nella rubrica della legge era quindi ribadito come l'attribuzione alla nascita fosse da intendersi come corretta; semplicemente qualcosa era cambiato ed era d'uopo procedere a una correzione. Confortava in tal senso anche una delle intenzioni del legislatore dietro l'approvazione della legge, ovvero ristabilire «un ordine di genere» sul territorio nazionale, dove ormai circolavano e risiedevano soggetti che avevano subito interventi di riassegnazione del sesso all'estero, ma che avevano dovuto giocoforza mantenere la prima attribuzione di sesso¹⁹.

Ricapitolando in breve, la giurisprudenza subordinava la modifica del sesso anagrafico richiesta dal soggetto al riconoscimento del sesso psichico a un qualche intervento sul corpo, affinché i due fossero in armonia al momento concreto della rettificazione. L'identità di genere del soggetto metteva in moto il procedimento giudiziario e ne era condizione necessaria, ma non sufficiente.

Questa interpretazione del testo della legge, seppur legata al dato letterale, suscita e ha suscitato alcune perplessità. Se è l'identità di genere distonica del soggetto a mettere in moto l'intero procedimento giudiziario e non ultimo è la premessa fattuale della stessa autorizzazione al trattamento chirurgico, non si comprende perché la modifica del sesso anagrafico debba attendere la conversione sessuale del sesso fenotipico. A meno che non si voglia intendere la *ratio legis* come volta a mantenere e assicurare un rigido binarismo sessuale (fenotipico) nella società, intenzione che era stata propria del legislatore storico, ma che è stata rigettata dal giudice delle leggi già nel 1985 a favore del riconoscimento di un

16 Si veda sempre A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, cit., pp. 49-94.

17 La necessità dell'autorizzazione da parte del giudice era motivata dal superamento del divieto previsto di compiere atti di disposizione sul proprio corpo che ne limitavano l'integrità ex art. 5 c.c. e quindi di sollevare il chirurgo da una possibile imputazione del reato di lesioni gravissime.

18 La finzione giuridica è evidente nella previsione *expressis verbis* per cui la rettificazione non ha effetto retroattivo.

19 Indicativa in questo senso la clamorosa protesta che ebbe luogo nel 1979 presso una piscina comunale di Milano, dove alcune donne transessuali, poiché considerare anagraficamente maschi, rifiutarono di indossare il costume femminile e coprire la parte superiore del corpo.

diritto fondamentale del soggetto a veder riconosciuta la propria identità sessuale²⁰, il doppio procedimento giudiziario e l'accertamento dell'avvenuto allineamento tra sesso psichico e nuovo sesso fenotipico appaiono contraddittori. Né può obliterarsi che gli interventi medico-chirurgici richiesti erano particolarmente invasivi e che taluni individui non potevano sottoporvisi per motivi di salute, dovendo di conseguenza rinunciare alla richiesta di rettificazione.

Nonostante la novella introdotta alla legge dagli artt. 34 e 39 del 150 del 1/9/2011, che ha abrogato gli artt. 2 e 3, riproponendone il contenuto solo quanto all'autorizzazione al trattamento all'interno dell'art. 31 dello stesso D.lgs, la quasi totalità della giurisprudenza di merito è rimasta ancorata alla vecchia interpretazione e all'obbligatorietà dell'intervento chirurgico²¹. Anche le isolate pronunce di senso contrario²² che hanno ammesso la rettificazione dell'attribuzione di sesso in assenza dell'intervento chirurgico, hanno comunque preteso che un adeguamento del fenotipo, per quanto in misura necessariamente minore, fosse stato realizzato tramite una terapia ormonale.

La *querelle* è stata recentemente risolta dalla sentenza n. 15138/2015 della Corte di cassazione e poi dalla sentenza n. 221/2015 della Corte costituzionale. Sia la Suprema Corte che la Corte Costituzionale, rigettando la vecchia interpretazione della legge, hanno statuito che il trattamento medico-chirurgico costituisce uno strumento eventuale, solo una delle possibili tecniche per realizzare l'adeguamento dei caratteri sessuali, tenendo sempre in primo piano il fine del conseguimento di un pieno benessere psicofisico del soggetto interessato, e che non è richiesto dalla norma²³. Detto altrimenti, la riassegnazione chirurgica del sesso è uno strumento squisitamente terapeutico e come tale non può essere imposto, ma solo autorizzato laddove sia finalizzato a migliorare la condizione psicofisica della persona che lo richiede. Unico compito demandato integralmente al giudice è quello di valutare la serietà della richiesta di rettificazione della persona e quindi del suo percorso di transizione, in vista di alcuni interessi ordinamentali – per esempio la corretta individuazione dei cittadini e la certezza nei rapporti giuridici – anch'essi meritevoli di tutela²⁴.

Le statuizioni del giudice di legittimità e del giudice delle leggi sono state immediatamente recepite anche dal giudice di merito. Coerentemente, la struttura bifasica del procedimento giudiziario – prima accertamento e poi rettificazione – è stata abbandonata, a favore di un'unica sentenza cumulativa a tutela dell'identità personale²⁵. Ciò che per noi più rileva è che adesso appare chiaro quale dei tre sessi sia il metro di misura del sesso anagrafico. Se la rettificazione di attribuzione di sesso si ottiene a prescindere dal sesso cromosomico e fenotipico, anzi in aperta e potenzialmente duratura distonia con essi, non paiono sussistere più dubbi che il sesso anagrafico rifletta solo e soltanto la dimensione psicosexuale della persona. Non il sesso cromosomico né il sesso fenotipico, non in generale la condizione biologica dell'individuo, ma solo la sua identità di genere. Questa è la base fenomenica del sesso anagrafico.

Viene tuttavia spontaneo chiedersi: come si spiega allora la condotta tenuta nei confronti dei minori intersessuali, che oscilla tra la fedeltà al sesso cromosomico e la lealtà a quello fenotipico? Non vi è contraddizione con la supremazia del sesso psichico poc'anzi affermata? Ebbene, la contraddizione è più apparente che reale. Si è detto infatti che il sesso psichico non può essere accertato fino al raggiungimento di una certa età, né dai medici, né dal soggetto e né, *a fortiori*, dal giudice, che di solito si avvale

20 Lo stesso è ribadito nella più recente sentenza n. 221/2015, considerato in diritto 4.1, dove si afferma che il diritto all'identità di genere, «quale elemento costitutivo del diritto all'identità personale, rientra a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali della persona (art. 2 Cost. e art. 8 del-la CEDU)».

21 *Ex multis*; Tribunale di Vercelli, sentenza del 12 dicembre 2014; Tribunale di Roma, sentenza del 18 luglio 2014. Per una panoramica aggiornata della giurisprudenza pro e contro in un'ottica sincronica e diacronica, si veda A. Schuster, *La rettificazione di sesso: criticità persistenti*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 13 luglio 2017.

22 Per esempio Tribunale di Messina, sentenza del 4 novembre 2014.

23 *Ex multis*: E. Covacci, *Transessualismo: i requisiti necessari per il riconoscimento giuridico del cambiamento di genere prima e dopo la sentenza 221/2015 della Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, 3, 1, 2016, pp. 108-124; A. Lorenzetti, *Corte costituzionale e transessualismo: ammesso il cambiamento di sesso senza intervento chirurgico ma spetta al giudice la valutazione*, in *Quaderni Costituzionali*, 4, pp. 1006-1008; S. Patti, *Trattamenti medico-chirurgici e autodeterminazione della persona transessuale*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 31, 11, pp. 643-651.

24 Tale compito era invero già evocato nella versione originale della legge dall'art. 2, quarto comma: «Quando è necessario, il giudice istruttore dispone con ordinanza l'acquisizione di consulenza intesa ad accertare le condizioni psico-sessuali dell'interessato». Ciò anche al fine di evitare casi di «ripensamenti». Su questo si veda F. Debora, *La Consulenza Tecnica d'Ufficio in tema di transessualismo alla luce del D.Lgs n. 150 del 2011: il contributo non sempre richiesto della Medicina Legale*, in *Minerva medicolegale*, 136, 1/2, pp. 8-16.

25 Per l'elenco della giurisprudenza si veda: <http://www.articolo29.it/cumulo-delle-due-domande-e-una-sentenza/>. Invero già il nuovo procedimento a cognizione piena introdotto dal D.Lgs. 150/2011 non prevedeva più la struttura bifasica per la pronuncia di rettificazione di attribuzione di sesso.

di consulenti. L'attribuzione di sesso alla nascita viene dunque fatta in base ai sessi "disponibili", dando per scontato, come avviene d'altronde nella maggioranza dei casi, che il sesso psichico sia allineato agli altri due o almeno a uno di essi. Il sesso anagrafico riflette sempre il sesso psichico, ma quest'ultimo è ricavato, al momento della prima attribuzione, per via indiziale dal sesso fenotipico e/o cromosomico. Quello che, in fin dei conti, avviene anche per la persona transessuale, la quale chiede una rettifica non di un vero e proprio errore, ma della scelta che alla nascita appariva la più sensata in termini stocastici. Non può però non rilevarsi una differenza sostanziale tra la condizione transessuale e quella intersessuale. Nella prima fattispecie la distonia tra i sessi è percepita dal soggetto in età della ragione, mentre, nella seconda, è riscontrata già alla nascita o poco dopo nella maggior parte delle volte. Ciò comporta che nel caso dell'intersessualità la probabilità di commettere un errore nell'attribuzione – per non parlare degli interventi chirurgici correttivi²⁶ – sia più alta. Sarebbe pertanto auspicabile che, in tale fattispecie, fosse possibile ritardare l'attribuzione di sesso, dilazione che però la norma, almeno in Italia (ma, per esempio, anche in Francia)²⁷, non permette.

5. Condizione intersessuale e rettificazione

L'improcrastinabilità dell'attribuzione del sesso alla nascita, che per alcuni è una delle cause dei trattamenti chirurgici neonatali²⁸, presenta un ampio margine di errore che arriva fino al 40%²⁹. Ciò significa che quasi la metà delle persone intersessuali non sente di appartenere al sesso anagrafico con cui è registrata, una volta diventate adulte. Sesso psichico e sesso anagrafico sono disallineati, mentre, come si è concluso nel paragrafo precedente, il primo è la misura del secondo. Si pone dunque la questione di come operare la rettificazione, posto che l'ordinamento italiano è sprovvisto di un rito specifico per questa fattispecie. Le opzioni processuali sono sostanzialmente tre: il rito speciale previsto dalla l. 164/1982 e successive modifiche, la rettificazione amministrativa degli atti di stato civile *ex artt.* 95 D.P.R. 396/2000 e 737 ss. c.p.c. o ancora il rito ordinario di cognizione *ex art.* 163 c.p.c. e ss. Benché la soluzione vada cercata sul piano dogmatico, non può completamente obliterarsi che ogni rito si caratterizza e si distingue per tipo di provvedimento finale, efficacia retroattiva o irretroattiva, nonché – non ultimo – nelle tempistiche.

Orbene, se gli unici parametri di scelta fossero la celerità e la semplicità, la scelta cadrebbe inevitabilmente sull'azione di rettificazione degli atti di stato civile³⁰. Nel caso migliore, la rettificazione potrebbe essere considerata la correzione di un errore materiale in cui l'ufficiale dello stato civile è incorso al momento della formazione dell'atto di nascita e la domanda verrebbe accolta senza adire il giudice³¹; in alternativa, sarebbe necessario adire il giudice del circondario in cui si trova l'ufficio dello stato civile,

26 In molti casi in passato – con una modernità che oggi stupisce – si decise di concedere al soggetto divenuto adulto di scegliere, sotto giuramento, il genitale "d'uso esclusivo" che preferisse e di rendere criminale l'uso dell'altro. Si veda su questo V. Marchetti, *L'invenzione della bisessualità. Discussioni tra teologi, medici e giuristi del XVII secolo sull'ambiguità dei corpi e delle anime*, Milano, Mondadori, 2001, p. 155.

27 Al momento solo la Germania in Europa permette di derogare all'indicazione del sesso del neonato al momento della nascita, benché molte persone intersessuali chiedano di poter usare un termine alternativo a M/F come "inter" o "diverso". Una di queste è recentemente ricorsa in giudizio al fine di vedersi riconosciuta questa facoltà, occasionando una storica decisione della Corte costituzionale federale tedesca (sentenza del 10 ottobre 2017, n. 2019/16), che ha imposto al Parlamento di introdurre nell'ordinamento dello stato civile teutonico un nuovo termine da usare nei certificati di nascita per le persone intersessuali entro la fine del 2018. Per un commento, si veda Francesca Brunetta d'Usseaux, *Intersessualismo e "terzo sesso": la rivoluzione copernicana della Corte costituzionale tedesca*, in *Articolo29*, 27 novembre 2017. La decisione della Corte tedesca è in linea con la politica già attuata in altri Paesi come il Nepal e l'India, che già da tempo hanno introdotto un "terzo genere".

28 Così per esempio D.C. Ghattas, *Human Rights between the Sexes*, 2013, Heinrich Böll Foundation, <https://www.boell.de/en>, p. 24: *The coercion to register either «male» or «female» cements the notion that there are only «men» and «women» top-down, which increases the pressure not only to render the child legally «unambiguous», but physically, too. A German mother, for instance, explains that, "[...] the pressure exerted by the registry office to [...] slot one's child into one of the two genders [builds] up an unreasonable pressure that is only surpassed when the attending physicians demand to consent to allegedly pressing operations at the same time"».*

29 P.S Furtado. et al., *Gender dysphoria associated with disorders of sex development*, in *Nature Reviews Urology*, 9, 2012, pp. 620-27.

30 Di questo parere è per esempio G. Cardaci, *Il processo civile di accertamento del genere del minore intersessuale*, in *Rivista di diritto processuale*, 3, 2016, pp. 683-712.

31 *Ex art.* 98 D.p.r. 396/2000.

il quale senza particolari formalità, assumerebbe informazioni sul caso di specie, sentirebbe l'ufficiale dello stato civile e provvederebbe con decreto.

Sul piano dogmatico questa soluzione, però, non convince. Innanzitutto, sembra arduo poter considerare la distonia tra sesso psichico e sesso anagrafico un errore materiale dell'ufficiale dello stato civile. Egli si limita a trasporre il contenuto della dichiarazione di nascita e dell'attestazione di avvenuta nascita. Dovrebbe semmai essere questa a essere corretta, ma, anche in questo caso, non è chiaro se si possa parlare di inesattezza: il sesso dell'attestazione di nascita è rilevato in via autoptica sulla base del sesso fenotipico (o del sesso fenotipico verso cui il neonato "prevale"). Certo, si è detto che il sesso fenotipico è utilizzato come indizio del sesso psichico; ciononostante, il sesso fenotipico non è cambiato al momento della richiesta di rettificazione, per cui non sussiste alcun errore materiale in senso proprio.

Quanto alla possibilità di adire il giudice per ottenere un decreto, essa è sostenibile solo se si assume 1) che sia assente la controversia e 2) che il sesso anagrafico non sia uno *status*. Quanto al primo punto, la convinzione sottesa è che ci sia sì una pretesa – promuovere la rettificazione di un atto dello stato civile –, ma nessuna contestazione e dunque niente su cui litigare, il che giustificerebbe anche la scelta di questo rito in luogo di quello ordinario di cognizione. Credo invece che un litigante in astratto ci possa essere e che sia lo Stato. Essere registrati all'anagrafe con un sesso anziché con un altro può corrispondere a diverse situazioni giuridiche soggettive, anche se in misura minore rispetto al passato. Una donna "anagrafica" potrà sposare un uomo "anagrafico", mentre potrà solo unirsi civilmente con un'altra donna. Così, fino a non molti anni fa, chi era registrato col sesso femminile poteva andare in pensione cinque anni prima di era registrato col sesso maschile. Lo Stato ha quindi un interesse a che i registri contengano un'indicazione del sesso veritiera, seppur dipendente da una percezione soggettiva della persona, quale è l'identità di genere³². E qui giungiamo anche al punto 2), ovverossia alla considerazione se il sesso sia uno status o una semplice qualità della persona. Poiché a un determinato sesso è collegato un determinato regime giuridico – il diritto soggettivo di sposarsi anziché costituire un'unione civile – che assume quale presupposto di applicazione proprio lo *status*, mi pare che sia più corretto parlare di quest'ultimo anziché di qualità, come potrebbe esserlo il colore dei capelli. Talché ne consegue a sua volta che è d'uopo utilizzare una forma di azione finalizzata ad ottenere dal giudice la modificazione di uno *status* e non un mero accertamento di una realtà giuridica, come sarebbe nella fattispecie della rettificazione amministrativa.

Le considerazioni fin qui fatte sembrerebbero spingere verso il rito ordinario di cognizione, senonché l'azione costitutiva ha natura tipica *ex art.* 2908 c.c., potendo quindi essere esercitata nei soli casi individuati dallo stesso legislatore. Nel caso di specie, invece si tratterebbe di modificare uno *status* innominato. Non resta che valutare la fattibilità del rito speciale previsto dalla l. 164/1982, nella forma assunta a seguito della novella del D.lgs 150/2011. Una prima obiezione che potrebbe essere mossa al suo utilizzo per le persone intersessuali potrebbe essere che il dato della norma non lo permetterebbe, riferendosi chiaramente a quelle transessuali. Lo si desumerebbe dall'art. 1 già citato («La rettificazione si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali»), lasciando chiaramente intendere una correlazione tra rettificazione anagrafica e rettificazione "chirurgica" sopravvenuta e quindi come destinatarie privilegiate le persone transessuali. Tuttavia, dopo la svolta ermeneutica della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale del 2015, la riassegnazione chirurgica va intesa come opzionale, facendo cadere l'obiezione. D'altronde non si può escludere che il soggetto intersessuale, oltre la rettificazione anagrafica, voglia intraprendere un percorso medico-chirurgico per porre rimedio alle eventuali mutilazioni subite in età neonatale e armonizzare il corpo all'identità di genere³³. L'art. 1 può insomma contenere nel suo alveo sia la condizione transessuale che quella intersessuale. Conforta in questo senso anche la constatazione che in nessun articolo o alinea ricorre il vocabolo transessualità o derivati, così come è assente nella rubrica ("Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso"). In ultima analisi, nulla sembra ostare all'applicazione anche alla rettificazione di attribuzione di sesso delle persone intersessuali, almeno secondo il significato "proprio" delle parole.

Una interpretazione percorribile sul piano letterale, potrebbe però essere esclusa ricorrendo all'argomento dell'intenzione del legislatore (*lex plus dixit quam voluit*). Si potrebbe difatti argomentare che il

32 Solo la Danimarca nel panorama europeo prevede dal 2014 la possibilità per un soggetto maggiorenne di cambiare sesso legale sulla base della sua dichiarazione, senza l'intervento e il controllo di parti terze (*Lov om Ændring af Lov om Det Centrale Personregister*). Non sembra un caso che tale riforma sia avvenuta solo a seguito dell'introduzione del matrimonio ugualitario poco prima.

33 D.C. Ghattas, *Human Rights between the Sexes*, cit. p. 18, ha sottolineato come in alcuni Stati sia complesso ottenere gratuitamente terapie o accedere a dei servizi non considerati tradizionali per quello stato intersessuale, con la conseguenza che molti soggetti intersessuali sono costretti ad autofinanziarsi.

legislatore storico la abbia approvata per far fronte alle richieste delle sole persone transessuali, senza neanche porsi il problema delle persone intersessuali, la cui condizione, ai tempi, veniva confusa con quella transessuale. Ora, entrare nella *mens legis* è sempre un compito arduo, soprattutto quando si ha a che fare con norme risalenti. I lavori preparatori possono essere d'ausilio, ma restano un indizio incerto della volontà dell'assemblea tutta che ha approvato la versione finale del testo di legge. E infatti, in relazione alla l. 164/1982 si possono individuare almeno tre concomitanti intenzioni legislative: 1) garantire il benessere psico-fisico delle persone transessuali, 2) estinguere il reato di lesioni gravi e gravissime di cui potevano essere passibili i medici che avevano operato le persone transessuali, asportando di fatto degli organi sani³⁴ e 3) assicurare la correttezza e la precisione dei registri anagrafici³⁵. Delle tre, tutte presenti in varia misura nei lavori preparatori, credo che spicchi la terza e ultima. Prima dell'entrata in vigore della legge accadeva infatti che soggetti italiani transessuali si recassero all'estero per sottoporsi a interventi chirurgici ablativi e talvolta ricostruttivi dei caratteri sessuali primari e secondari, con conseguente distonia rispetto al sesso anagrafico, al momento del rientro in patria. Ciò limitava ovviamente la possibilità di individuazione dei cittadini da parte dell'autorità, nonché teoricamente permetteva a un soggetto registrato come maschio, ma divenuto fisicamente ed esteticamente donna, di sposare una donna biologica. Se si assume la terza intenzione come prevalente, si vede come possa facilmente applicarsi alle persone intersessuali per via di un'interpretazione estensiva.

Anche se si ammettessero come principali le intenzioni 1) e 2), resterebbe comunque aperta la via dell'argomento *a simili*, a patto che le due condizioni, transessuale e intersessuale, presentino sostanziali indizi di similarità, che non è scontato³⁶. La persona intersessuale molto spesso sperimenta, per esempio, una profonda violazione dell'integrità del proprio corpo in età neonatale, sconosciuta alla persona transessuale. Tuttavia, dal punto di vista ordinamentale, mi paiono assimilabili. Entrambe presentano una discontinuità tra sesso psichico e sesso anagrafico. Si è già detto più volte infatti come si possa commettere, con probabilità maggiori, un errore nell'attribuzione del sesso alla persona intersessuale. Potremmo ritrovarci con un soggetto femmina all'anagrafe (e magari anche nell'anatomia, a seguito degli interventi chirurgici neonatali), ma con un sesso psichico maschile. Ma non è forse questa condizione di arrivo uguale a quella delle persone transessuali? Perché allora applicare alle persone intersessuali un rito diverso rispetto alle persone transessuali? Mi pare, in ultima analisi, che nulla osti all'utilizzo della l. 164/1982 anche da parte delle persone intersessuali. Confortano in questa direzione due ultime osservazioni, ovvero che, ai sensi della legge *de qua* 1) la rettificazione si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato, elemento tipico delle sentenze costitutive, modificanti uno *status*, e 2) che al giudizio partecipa il pubblico ministero, così tutelando l'interesse ordinamentale alla correttezza dei registri anagrafici.

Ciò detto, la materia è troppo nuova perché se ne possa dare un giudizio definitivo. Spetterà all'autorità giudiziaria confrontarsi negli anni a venire con tale questione, offrendo nuovi spunti di riflessione, sempre che il *conditor iuris* non assuma per tempo le proprie responsabilità e introduca nell'ordinamento una disciplina specifica.

34 Come si evince in particolare dall'art. 7: «L'accoglimento della domanda di rettificazione di attribuzione di sesso estingue i reati cui abbia eventualmente dato luogo il trattamento medico-chirurgico di cui all'articolo precedente».

35 Conforta in questo senso anche A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, cit., pp. 31-33.

36 Sono condizioni differenti secondo per esempio G. Cardaci, *Il processo civile di accertamento del genere del minore intersessuale*, cit., p. 688.

Giacomo Cardaci*

Il processo di rettificazione dell'atto di nascita della persona intersex

Sommario

1. I contrasti in dottrina e in giurisprudenza sull'azione da esperire al fine di ottenere la modificazione dell'atto di nascita – 2. Le ragioni che militano in favore dell'inapplicabilità alla fattispecie in esame della legge in materia di rettificazione di attribuzione di sesso (L. n. 164/1982) – 3. *Segue*: Le ragioni che militano in favore dell'applicabilità alla fattispecie del giudizio di rettificazione degli atti di stato civile *ex art. 95 D.P.R. n. 396/2000* – 4. Profili comparatistici. Il processo di rettificazione dell'atto di nascita della persona intersex nell'ordinamento giuridico francese – 5. La natura di volontaria giurisdizione del procedimento di rettificazione: conseguenze – 6. I soggetti legittimati a promuovere il procedimento. In particolare: il ruolo e i poteri del pubblico ministero – 7. *Segue*: l'istruzione probatoria nel giudizio di rettificazione. L'ammissibilità delle prove atipiche – 8. Il decreto di rettificazione: contenuto necessario, natura, efficacia – 9. *Segue*: l'inidoneità al giudicato sostanziale e l'efficacia irretroattiva del decreto di rettificazione – 10. Casi di applicabilità del procedimento amministrativo di correzione degli atti di stato civile *ex art. 98 D.P.R. n. 396/2000* – 11. Rilevi *de jure condendo*

Abstract

Il presente contributo analizza la normativa italiana e francese in materia di rettificazione dell'indicazione del nome e del genere nell'atto di nascita della persona intersex. A seguito di un'analisi del contrasto giurisprudenziale in merito al rito da seguire, si argomenta a favore dell'applicabilità, nella fattispecie in esame, del procedimento *ex art. 95 D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396*. In seguito, si pone l'attenzione su: contenuto dell'atto introduttivo; legittimazione attiva (con particolare riguardo al pubblico ministero); fase istruttoria e mezzi di prova assumibili (con particolare riguardo alla prova atipica); natura e idoneità alla *res iudicata* della decisione. Il saggio enfatizza la necessità *de jure condendo* che l'attuale procedura giurisdizionale sia sostituita da un procedimento amministrativo.

This contribution analyses Italian and French rules governing the judicial civil procedure to be undertaken in order to amend the act of birth of an intersex person. Following the analysis of the conflicting decisions rendered on this topic, this paper argues that the correct procedure to be undertaken in Italy is regulated by art. 95 D.P.R. 396/2000. Therefore, the paper focuses on: content of pleading; capacity of public prosecutor to bring the action; taking of evidence; content of the decision; res iudicata. The paper emphasizes that an administrative procedure for amending legal gender and name written in civil status records should replace the current judicial procedure.

* Dottore di ricerca in diritto processuale civile, Università di Milano-Bicocca.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1. I contrasti in dottrina e in giurisprudenza sull'azione da esperire al fine di ottenere la modificazione dell'atto di nascita

A differenza di quanto previsto in alcuni sistemi giuridici stranieri, tra cui, in Europa, come si vedrà nel proseguo, quello francese, il D.P.R. n. 396/2000, in materia di ordinamento di stato civile, non consente di apporre nell'atto di nascita un'indicazione del sesso neutra o, quantomeno, provvisoria, nei casi in cui i caratteri sessuali del neonato risultino ambigui, e dunque non ascrivibili con certezza né al sesso maschile né a quello femminile¹: qualora si presenti una simile eventualità, è obbligatorio optare per il sesso ritenuto «prevalente», all'esito di un accertamento clinico talvolta inevitabilmente sommario e, di conseguenza, potenzialmente erroneo. Si tratta, per il vero, di una soluzione che ha radici lontane nei secoli, risalente al diritto romano (Ulpiano, D. 1, 5, 10: «*Quaeritur hermaphroditum cui comparamus; et magis puto, eius sexus aestimandum qui in eo prevalet*») e rinvenibile, come ricordato dalla dottrina francese, anche in quello musulmano².

Spesso, infatti, la persona intersex, durante i primi anni di vita o finanche durante l'età puberale, manifesta un'identità di genere opposta rispetto a quella «legale», assegnata al momento della nascita, così che diviene necessario «armonizzare» e dunque correggere il genere erroneamente indicato nell'atto di nascita, che riflette il sesso biologico ritenuto prevalente, con l'identità di genere del soggetto: ciò tanto più alla luce del fatto che il sesso indicato nell'atto di nascita, a seguito dell'introduzione della L. n. 164/1982, va più specificatamente riferito, come ritenuto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, «non più esclusivamente agli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita ovvero 'normalmente' evolutisi, sia pure con l'ausilio di appropriate terapie medico-chirurgiche, ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale. Presupposto della normativa» è «dunque, la concezione del sesso come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio, privilegiando – poiché la differenza tra i due sessi non è qualitativa, ma quantitativa – i fattori dominanti»³.

A tale riguardo, sorge quindi la necessità di individuare quale sia l'azione da esperire al fine di ottenere la modificazione dell'atto di nascita, ovvero, come felicemente definito dalla dottrina francese, l'«immagine giuridica della persona»⁴. La giurisprudenza in materia si mostra ondivaga, così che, in sede applicativa, si assiste all'alternanza di tre differenti orientamenti:

- a) da una parte, come si vedrà, viene ritenuto applicabile, anche ai soggetti intersessuali, il procedimento speciale disciplinato dalla L. n. 164/1982 e dall'art. 31 D.lgs. n. 150/2011, rubricati, rispettivamente, «norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso» e «delle controversie in materia di rettificazione di attribuzione di sesso»;
- b) dall'altra, si riscontrano pronunce di segno diverso, in cui questa fattispecie viene fatta convogliare nel procedimento generale di rettificazione degli atti di stato civile, disciplinato dall'art. 95 D.P.R. n. 396/2000, il quale a sua volta rinvia agli artt. 737 c.p.c. ss. del codice di rito;
- c) dall'altra ancora, si riscontrano pronunce che ritengono necessario esperire un'azione di *status*, nelle forme e secondo i crismi del rito ordinario di cognizione, ex art. 163 ss.

La distinzione tra ciascuna di queste opzioni non è di poco conto, poiché involge non solo la natura dell'atto introduttivo del giudizio e del rito, ma ulteriori e delicati profili, quali la competenza ter-

1 Tra gli studi pubblicati sul tema, nella letteratura giuridica italiana: G. Cardaci, *Il processo di accertamento del genere del minore intersessuale*, in *Rivista di diritto processuale*, 2016, 3, pp. 683 ss.; A. Lorenzetti, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto: intersessualità e tutela della persona*, in *Rivista di biodiritto*, 2015, 2, pp. 109 ss.; G. Cerrina Feroni, *Intersessualismo: nuove frontiere*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2015, 2, pp. 303 ss.; A. Schillaci, *Dignità umana, comparazione e transizioni di genere. La lezione della Corte suprema dell'India*, in questa *Rivista*, 2014, 2, pp. 175 ss.; L. Giacomelli, *Quando la vita infrange il mito della «normalità»: il caso dei minori intersessuali*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2012, 4, pp. 597 ss.; R. Cecchi, G. Marrocco, *Stati intersessuali e questioni medico legali*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2009, pp. 101 ss.

2 Ove è attribuita all'uomo una parte di successione doppia rispetto a quella che compete alla donna (allorché l'individuo chiamato a succedere sia intersessuale, viene trattato alla stregua del sesso dominante, sebbene alcuni autori abbiano proposto, per sopprimere le difficoltà, di escluderlo dalla successione): cfr. L. Millot, F-P. Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Ed. Sirey 1987, 513, n° 699; per un'analisi della condizione giuridica del soggetto ermafrodita nel diritto islamico, v. anche, più in generale: P. Sanders, *Gendering the Ungendered body: Hermaphrodites in Medieval Islamic Law*, in Keddie, Baron, *Women in Middle Eastern History*, New Haven: Yale University Press, 1991.

3 Così Corte costituzionale, sentenza del 6 maggio 1985, n. 161, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1985, pp. 1289 ss., con nota di P. Martini, *Diritto alla sessualità come diritto alla salute* e in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1986, pp. 349 ss., con commento di S. Patti.

4 Cfr. H., L. N. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. n.2, *Les personnes*, par F. Laroche-Gisserot, Montchrestien, 8 éd, 1996, n° 461, il quale definisce lo stato civile come «l'image juridique de la personne».

ritoriale; la legittimazione attiva ad esperire il procedimento; il contenuto, l'efficacia, la stabilità e la retroattività della pronuncia; i poteri officiosi del giudice; l'oggetto e i limiti dell'istruzione probatoria. Nel presente lavoro si tenterà dunque di individuare quale, tra le soluzioni invalse nella prassi, risulti più corretta su un piano teorico e, una volta che sia stata data soluzione a questo quesito, si cercherà di sviscerare i profili più critici e problematici che possono profilarsi nel corso di tale giudizio.

2. Le ragioni che militano in favore dell'inapplicabilità alla fattispecie in esame della legge in materia di rettificazione di attribuzione di sesso (L. n. 164/1982)

Secondo una corrente interpretativa minoritaria, la persona intersessuale che intenda rettificare l'indicazione del sesso e del prenome dichiarati alla nascita all'ufficio di stato civile sarebbe tenuta a esperire l'azione disciplinata dalla L. n. 164/1982 e dall'art. 31 d.lgs. n. 150/2011⁵.

In tal senso militerebbe, in realtà, un unico argomento: la *rubrica legis* di entrambi, che il legislatore avrebbe lasciato intenzionalmente generici, a differenza, verrebbe da aggiungere, di quanto accaduto in altri ordinamenti giuridici europei, come quello tedesco, in cui si fa espresso riferimento al fenomeno del transessualismo (la legge tedesca è rubricata «transsexuellengesetz-TSG»); in altri termini, si potrebbe *prima facie* asserire che, in assenza una circoscrizione netta ed esplicita del novero dei destinatari della legge in parola, essa dovrebbe trovare la più ampia applicazione possibile, ovverosia in tutti i casi in cui un soggetto intenda ottenere una «sentenza che accolga la domanda di rettificazione di attribuzione di sesso», a prescindere dai motivi, di natura metagiuridica, per i quali tale rettificazione viene domandata, e quindi, indiscriminatamente, sia nei casi di transessualismo, sia nei casi di intersessualità, sia, *a fortiori*, nei casi di errore materiale di scrittura⁶.

Una simile ricostruzione, fondata su un'interpretazione letterale rigorosa (e, a mio giudizio, rigorista) del dettato normativo di cui all'art. 12 c.c., tuttavia, non pare del tutto accettabile, per diversi ordini di ragioni.

- 1) In primo luogo, va infatti detto che l'intera struttura della legge sembra essere stata architettata in funzione di persone che intendono *mutare* il proprio sesso al fine di ottenere quindi una sentenza di natura *costitutiva* che incida, modificandola, su una situazione che al momento della nascita risultava chiara ed inequivocabile⁷.
- 2) In secondo luogo, in assenza di una legge *ad hoc*, devono trovare applicazione i criteri generali di interpretazione della legge fissati dall'art. 12 delle preleggi del codice civile, e così, innanzitutto, il criterio della *mens legis*: a questo proposito, allora, va ricordato che negli atti parlamentari in cui sono trascritte le discussioni che precedettero l'approvazione della L. n. 164/1982 si fa espresso riferimento esclusivamente alla condizione delle persone transessuali (peraltro, curiosamente, soltanto

5 Per un'analisi della legge citata, in una prospettiva processuale, anche comparata, sia consentito il rinvio a G. Cardaci, *Per un «giusto processo» di mutamento di sesso*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2015, 4, pp. 1459 ss.; G. Cardaci, *Access to justice for trans-genders: towards a quick, accesible, and unified procedure of gender reassignment in Europe?*, in Aa. Vv., *LGBTI persons and access to justice*, A. Lorenzetti e M.F. Moscati (a cura di), Londra 2015, pp. 50 ss.

6 Ritengono che l'ambito di applicazione della L. n.164/1982 si estenda anche ai soggetti intersessuali, in dottrina: A. Cerino Canova, *Degli atti dello stato civile*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, vol. n.IV, Padova 1992, p. 758; M. Dogliotti, voce *Transessualismo (profili giuridici)*, in *Novissimo digesto italiano*, Appendice, vol. n.VII, Torino, 1987, p. 789; M. Dogliotti, *Il mutamento di sesso: problemi vecchi e nuovi. Un primo esame della nuova normativa*, in *Giustizia civile*, 1982, II, p. 469 s.; L. Farina, *Alcune osservazioni riguardo alla legge sul mutamento di sesso*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1983, p. 341; in giurisprudenza: Corte di cassazione, sentenza del 20 giugno 1983, n. 515, in *Giustizia civile*, 1983, p. 3242, con nota di M. Finocchiaro, *I transessuali di nuovo innanzi alla Corte costituzionale*; Tribunale di Pisa, sentenza del 20 gennaio 1984, in *Foro italiano*, 1984, II, p. 1982 e in *Giustizia civile*, 1985, I, p. 2066, secondo cui l'interessato può optare alternativamente sia per il procedimento di rettificazione di cui all'art. 454 c.c. (oggi 95 D.P.R. n. 396/2000) sia per quello di cui alla L. n. 164/1982, per cui «spetterà all'interessato valutare, in relazione alla particolarità della fattispecie concreta, la convenienza ad intraprendere l'uno o l'altro tipo di azione»; cfr., al riguardo, anche: Tribunale di Bari, sentenza del 25 giugno 2012, n. 2295, in materia di risarcimento del danno cagionato da alcuni medici per aver erroneamente diagnosticato un'ipospadia scrotale, in luogo di una sindrome androgenitale, ed aver altrettanto erroneamente attribuito al neonato il sesso maschile: il tribunale ha riconosciuto, tra gli altri, il danno patrimoniale sopportato dai genitori del neonato per aver dovuto avviare il «giudizio ex L. n. 164/1982».

7 Sulla natura costitutiva del giudizio in esame, in giurisprudenza, *ex multis*: Tribunale di Pisa, sentenza 20 gennaio 1984, *cit.*, p. 2071; in dottrina: B. Pezzini, *Transessualismo, salute e identità sessuale*, in *Rassegna di diritto civile*, 1984, p. 463.

a coloro che da maschi intendono diventare femmine, e mai viceversa)⁸; la legge fu promulgata per porre una pietra tombale sui disorientamenti che agitavano la giurisprudenza di merito dell'epoca, chiamata a pronunciarsi rispetto alle domande di rettificazione dell'atto di nascita delle persone transessuali sottopostesi a intervento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali all'estero (essendo tale ritenuto illegittimo e penalmente rilevante in Italia, in quanto contrario all'art. 5 c.c.)⁹: l'atteggiamento di netta chiusura da parte della corte di legittimità rispetto alle domande di mutamento anagrafico del sesso poste dalle persone transessuali, in netto contrasto con alcune pronunce di merito maggiormente permissive, rese pertanto necessario e inevitabile un intervento *ad hoc* del legislatore, invitato a colmare il vuoto normativo, peraltro, da una pronuncia del giudice delle leggi che aveva ad oggetto, per l'appunto, esclusivamente la condizione della persona transessuale¹⁰.

Ben diversa era, già all'epoca, la condizione giuridica delle persone intersessuali: la giurisprudenza infatti riteneva pacificamente accoglibili, in questo caso, le istanze di rettificazione dell'atto di nascita da loro promosse, in considerazione della loro condizione di «naturalità», da contrapporsi a quella, ritenuta del tutto «artificiosa» (*“non ope naturae sed artis”*)¹¹, delle persone transessuali, cosicché il problema che più di tutti si poneva in sede applicativa era quello relativo al rito processuale da esperire per ottenere tale rettificazione, e non già, in linea astratta, all'ammissibilità nel merito della domanda. In altri termini, risulta evidente come la *mens legis* fosse tutta rivolta al caso dei soggetti transessuali, e non già a quello dei soggetti intersessuali, che trovavano unanime accoglimento delle loro pretese già in un'epoca di gran lunga precedente alla promulgazione della L. n. 164/1982.

- 3) In terzo luogo, poi, *de jure condito*, allo stato odierno, nemmeno il criterio residuale dell'interpretazione per analogia, fornito anch'esso dall'art. 12 delle preleggi, può essere invocato per allargare in via interpretativa l'orizzonte applicativo della legge in parola alle persone intersessuali: risulta oltremodo evidente, infatti, come la condizione della persona intersessuale sia del tutto differente da quella della persona transessuale, essendo la prima connotata dalla presenza, sin già da un momento che precede la nascita, di connotati cromosomico-genetici, gonadici o fenotipici riconducibili sia al sesso maschile che a quello femminile, ed essendo invece la seconda connotata da un disallineamento tra «soma» e identità di genere avente natura eminentemente psichica: così che qualsiasi equiparazione tra le due situazioni risulterebbe scorretta sia su un piano medico che, di converso, su un piano giuridico.
- 4) Va aggiunto poi un argomento puramente metagiuridico, che vale tuttavia la pena spendere: dall'applicabilità della L. n. 164/1982 al caso in esame conseguirebbe *a fortiori* l'obbligo di ottenere un'autorizzazione giudiziale a sottoporsi ad ogni intervento chirurgico di «adeguamento dei caratteri sessuali» del soggetto intersex ritenuto necessario (*ex art. 31, comma 4°, d. lg. N. 150/2011*): sì che tutti gli interventi chirurgici indispensabili al fine di salvaguardare la salute e il benessere del soggetto intersex dovrebbero essere pedissequamente preceduti, ogni volta, da plurimi e specifici

8 Cfr., *ex multis*: Camera dei deputati, *Proposta di legge. Modifica dell'articolo 454 del codice civile*, n. 1442, VIII legislatura, 27 febbraio 1980; Camera dei deputati, Commissione IV Giustizia, *Resoconto stenografico. Seguito della discussione della proposta di legge De Cataldo ed altri: Modifica dell'articolo 454 del codice civile (1442)*, VIII legislatura, 2 ottobre 1981, 788 ss., ove si legge che «qui non si parla dell'ermafroditismo vero e proprio, ma si intende affrontare il problema del cambiamento di sesso»; è stata infatti abbandonata una proposta di legge (Senato della Repubblica, *Proposta di legge. Norme in materia di riconoscimento di mutamento di sesso*, n. 1621, VIII legislatura, 5 novembre 1981), che prevedeva sia, al primo comma, la rettificazione per «modificazioni dei caratteri sessuali della persona intervenute in riferimento a situazioni di sesso non definito nell'atto di nascita, ovvero relative ad evoluzione naturale», sia, al secondo comma, la rettificazione «nel caso di transessualismo irreversibile».

9 Cfr. Tribunale di Milano, sentenza del 2 ottobre 1969, in *Nuovo diritto*, 1970, p. 272, con nota di A. Aricò, *Se sia lecito il volontario cambiamento di sesso a mezzo intervento chirurgico*, in cui si legge che «il riconoscimento del cambiamento di sesso dovuto al volontario intervento chirurgico cui il soggetto si è sottoposto, condurrebbe all'assurdo di dover riconoscere efficacia ad un fatto chiaramente conseguente ad illecito, posto che secondo l'art. 5 c.c. gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionano una diminuzione permanente della integrità fisica, e quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico, al buon costume»; non a caso, l'art. 7 della L. n. 164/1982 prevede una scriminante del reato (di lesioni personali gravissime, *ex art. 585 c.p.*), sancendo che l'accoglimento della domanda di rettificazione «estingue i reati cui abbia eventualmente dato luogo il trattamento medico-chirurgico».

10 Corte costituzionale, sentenza del 1 agosto 1979, n. 98, in *Rassegna di diritto civile*, 1980, p. 507, con nota di P. D'Addino Serravalle, *Le trasformazioni chirurgiche del sesso nella sentenza n. 98 della Corte Costituzionale*, la quale ha statuito che nel contenuto precettivo degli artt. 165 e 167 r.d. n. 1238 del 1939, sulla rettificazione degli atti di stato civile, possono essere fatte rientrare «l'ipotesi in cui intervengano modificazioni dei caratteri sessuali a seguito di evoluzione naturale, che rivelino una realtà sessuale diversa da quella accertata al momento del generico esame fatto alla nascita», mentre il problema del transessualismo «può suscitare in Italia, come in altri paesi, l'attenzione del legislatore sulle sue possibilità di soluzione e i relativi limiti in ordine al matrimonio».

11 Così si esprime Cassazione, sentenza del 20 giugno 1983, n. 515, *cit.*, p. 3245.

procedimenti autorizzativi, oggi disciplinati dal rito ordinario di cognizione *ex art.* 163 ss. c.p.c. Una soluzione quanto mai gravosa e ingiustificata, atteso che in questo caso non può in alcun modo dirsi violato l'art. 5 c.c. sul divieto di atti che cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, sì che, in caso di interventi indiscutibilmente necessari al benessere psicofisico del soggetto, non verrebbe in alcun modo consumato, da parte del medico, il reato di cui all'art. 585 c.p.c. nei confronti del soggetto intersessuale¹².

Per tali ragioni, può quindi escludersi l'applicabilità alla fattispecie in esame della L. n. 164/1982 e, di converso, dell'art. 31 d. lgs. n. 150/2011.

3. **Segue: Le ragioni che militano in favore dell'applicabilità alla fattispecie del giudizio di rettificazione degli atti di stato civile ex art. 95 D.P.R. n. 396/2000**

Il dubbio che si pone è allora quello tra la possibilità di esperire un'azione di stato innominata, volta a mutare lo *status* di maschio o di femmina del soggetto intersessuale (secondo i binari del rito ordinario di cognizione *ex art.* 163 e ss. c.p.c.) e un'azione di rettificazione ai sensi dell'art. 95 D.P.R. n. 396/2000, volta ad una mera correzione di quanto scritto nel suo atto di nascita (secondo i binari del rito camerale *ex art.* 737 e ss. c.p.c.)¹³. Le ragioni che militano a favore del rito della rettificazione sono, a mio giudizio, le seguenti:

- 1) in primo luogo, il sesso non costituisce uno *status personae* assimilabile a quello di coniuge, di figlio nato nel o fuori dal matrimonio, di cittadino, o (oggi più che mai) di rifugiato, ma una qualità della persona che, come tale, connota l'individuo al pari di altre caratteristiche individuali, e va pertanto indicata nei registri di stato civile¹⁴. Se si condivide la tesi secondo cui il sesso non è uno *status* – una

12 Secondo la giurisprudenza costante della Corte costituzionale e della Corte di legittimità, infatti, «gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, anche psichica, devono ritenersi leciti» e protetti dall'art. 32 Cost. (cfr., *ex multis*: Corte costituzionale, sentenza del 6 maggio 1985, n. 161, *cit.*, p. 1299); sul tema, *ex pluribus*: P. D'Addino Serravalle, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Camerino 1983, spec. pp. 83 e 168 ss.; più in generale, sulla liceità degli atti dispositivi del proprio corpo a scopo terapeutico, previo consenso necessario e informato dell'avente diritto: A. Ansaldo, *sub art. 5, Atti dispositivi del proprio corpo*, in *Il codice civile, Commentario* P.Schlesinger (a cura di), Milano, 2013, p. 372; d'altra parte, prima della promulgazione della L. n.164/1982 si riteneva che qualsiasi intervento sulla persona intersessuale potesse essere effettuato pur in assenza di una specifica autorizzazione giudiziale (cfr. Tribunale di Taranto, sentenza del 28 gennaio 1974, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1974, p. 465; per una soluzione analoga nel vigore della L. n.164/1982: Tribunale di Macerata, sentenza del 12 novembre 1984, in *Giurisprudenza italiana*, 1985, I, 2, p. 195, il quale, adito ai sensi della L. n.164/1982, ha precisato di dover disporre la rettificazione del neonato intersessuale esclusivamente sulla scorta dell'art. 454 c.c., oggi art. 95 D.P.R. n. 396/2000, ritenendo peraltro che eventuali interventi chirurgici di adeguamento dei caratteri sessuali non vadano autorizzati giudizialmente, trattandosi di soggetto intersessuale e non transessuale e che, di conseguenza, essi, eventualmente, «potranno essere eseguiti secondo la volontà dei ricorrenti e l'interesse della minore»); sulla scorta di considerazioni analoghe, la dottrina ha aspramente criticato altresì la scelta del legislatore di prevedere un'autorizzazione giudiziale, quale «scriminante» dal reato di lesioni personali gravissime, per il mutamento chirurgico del sesso della persona transessuale, atteso che in questo caso il trattamento sanitario trova «il suo fondamento nel diritto alla salute», intesa come benessere anche psichico, «e nella disponibilità di esso da parte del suo titolare quando incida nella sua sfera esclusivamente soggettiva», sì che «la prospettiva legislativa» di cui alla L. n.164/1982 «appare inaccettabile, perché prevede un'autorizzazione per l'esercizio di un diritto che è invece nella piena disponibilità del soggetto» ed è tutelato dall'art. 32 Cost. (così B. Pezzini, *op. cit.*, 471).

13 Anche per il tema che si va affrontando si mostrano attuali e profetiche le parole di V. Andrioli, *Intorno al processo di rettificazione degli atti dello stato civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 1950, II, p. 54, secondo cui la scarsa chiarezza della normativa era la causa dei «dubbi sulla discriminazione tra rettificazione degli atti dello stato civile e controversie di stato, per vero mal perspicuamente risolti, dei quali era ed è eco nella giurisprudenza»; considerazioni analoghe vengono svolte da A. Cerino Canova, *Degli atti dello stato civile*, *cit.*, p. 739, che definisce «nebulosa» l'essenza del giudizio di rettificazione, avendo esso «natura composita, insuscettibile di rispecchiarsi in un'assiomatica definizione» e impermeabile a qualsiasi etichettatura; sul tema e sulle soluzioni variamente prospettate in dottrina e giurisprudenza, per ragioni di spazio soltanto sintetizzate nel testo, si vedano: G. Azzariti, *Sulla rettificazione degli atti di stato civile*, in *Giustizia civile*, 1969, IV, p. 85 ss.; *Id.*, voce *Stato civile*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. n. XVIII, Torino, 1971, p. 300; F. Salvo, voce *Stato civile*, in *Novissimo digesto italiano*, Appendice, VII, Torino, 1987, p. 543; G. Marziale, voce *Stato civile*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXXIV, Roma, 1993, p. 7; F. Santoro Passarelli, *Status familiae*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli 1961, 425; A. Iannelli, *Stato della persona e atti dello stato civile*, Camerino – Napoli, 1984, p. 353; G.M. Riccio, *Delle procedure giudiziali di rettificazione relative agli atti dello stato civile e delle correzioni (artt. 95 – 101)*, in *Il nuovo ordinamento dello stato civile*, P. Stanzione (a cura di), Milano 2001, 386; A. Buono, *Brevi appunti in tema di rettificazione degli atti di stato civile*, in *Lo stato civile italiano*, 2002, XI, p. 811.

14 Come hanno ritenuto: Corte di appello di Bari, sentenza 22 marzo 1962, in *Foro italiano*, 1962, I, p. 1033 e *Rivista di diritto processuale*, 1962, p. 492, con nota critica di F. Carnelutti, *Rettificazione del sesso*; Tribunale di Roma, sentenza del 13 febbraio 1975,

nozione, questa, peraltro, già di per sé stessa da lungo corso posta in crisi dall'analisi della migliore dottrina sia civilista che processualcivilista¹⁵ – ma una mera qualità della persona, non c'è dubbio che non dovrà applicarsi di necessità il rito ordinario di cognizione, come avviene nei casi di giudizi contenziosi sugli *status*, al fine di garantire la massima tutela del diritto al contraddittorio tra le parti litiganti tramite un "alto tasso di formalità"¹⁶. In questo senso milita una giurisprudenza tanto risalente quanto copiosa, secondo cui «nessuna vera questione di stato è necessario preliminarmente risolvere per ordinare la chiesta rettificazione, inquantoché l'essere maschio o femmina è cosa di puro fatto che, una volta verificata, nessuno può contraddire, mentre la questione di stato presuppone sempre la possibilità di una contraddizione, sia da parte della persona di cui vuolsi immutare lo stato medesimo, sia da parte di altri interessati»¹⁷. Anche Carnelutti d'altra parte, dissentendo da una sentenza che riteneva doveroso esperire, proprio in un caso di intersessualismo, un procedimento ordinario di cognizione ex art. 163 e ss. c.p.c., perveniva al medesimo risultato, dubitando che il sesso fosse uno *status* e ritenendo che «il processo contenzioso suppone non sol-

in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1975, p. 188; Tribunale di Taranto, sentenza del 28 gennaio 1974, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1974, p. 459; Tribunale di Foggia, sentenza del 25 maggio 1965, in *Daunia giudiziarie*, 1965, p. 149.

- 15 Cfr. N. Irti, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, p. 33, il quale, nella sua critica alla teoria degli stati (definiti «figure puramente dottrinarie» e categorie «che i giuristi, dimentichi dell'ufficio pratico e mnemonico svolto dal linguaggio legislativo, s'illudono di studiare come individua e specifica realtà»), ricorda le parole di E. Redenti, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1960, p. 78, secondo cui «la sintesi ideale che si ricava dalla considerazione di tutti questi effetti giuridici e soprattutto dei rapporti sociali a cui si connettono, è quella di una particolare condizione sociale e giuridica creata dal soggetto (condizione di figlio o di cittadino), condizione cui si suole poi riportare immaginariamente a lui stesso la fonte e la causa, giungendo così per un fenomeno mentale assai frequente, a pensarla come una posizione od atteggiamento (qualità) particolare proprio del soggetto stesso e conservato da lui costantemente in tutte quelle intere categorie di rapporti sociali e giuridici, per es. (nell'esempio ora citato) qualità di figlio di una certa persona»; F. Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. n. I, *Il diritto, i soggetti, le cose*, Napoli, 1985, p. 337, spec. nota 3, secondo cui «stato e qualità sono concetti identici»; E. Allorio, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, vol. n. I, Milano, 1957, p. 116, spec. nota 185; P. Rescigno, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1973, 215, secondo cui nel diritto vigente nome e concetto di stato si convengono solo alla condizione di coniuge e figlio.
- 16 Per una critica alla qualificazione del sesso come *status*, si rimanda, se si vuole, a G. Cardaci, *Per un «giusto processo»*, cit., 1463, spec. nota 7.
- 17 Con queste parole: Corte di appello di Milano, sentenza 15 giugno 1891, in *Giurisprudenza italiana*, 1891, vol. n. XLIII, parte II, la quale ha quindi ritenuto corretto doversi procedere con il rito della volontaria giurisdizione, ex art. 845 ss. del c.p.c. vigente, e ha ordinato di sostituire «alle parole di sesso mascolino le altre di sesso femminile, ed al nome di Giuseppe quello di Giuseppa», escludendo tuttavia che si potesse, in quella sede, aggiungersi all'infante il nome di Maria, poiché l'aggiunta di un nome è ottenibile solo con procedimento amministrativo (oggi disciplinato dall'art. 89 ss. D.P.R. m.396/2000); dello stesso avviso: Tribunale di Firenze, sentenza 10 giugno 1936, in *Rivista di diritto processuale*, 1937, II, 101, con nota di A. De Santis, *Legittimazione ad agire del P.M. e controversie di stato* e postilla di P. Calamandrei; Corte di appello di Lecce, sentenza 13 febbraio 1941, in *Foro italiano, Repertorio*, 1942, voce *Stato civile*, n. 2; successivamente, nel vigore del codice di rito del 1940, si sono espresse a favore del rito della rettificazione degli atti di stato civile, in caso di soggetti intersessuali, specificando che non si tratta di azione di stato: Tribunale di Palmi, sentenza del 7 novembre 1957, in *Foro italiano, Rep.* 1958, voce *Stato civile*, n. 17; Corte di appello di Catanzaro, sentenza del 24 marzo 1958, in *Foro italiano Rep.* 1958, voce *Stato civile*, n. 16; Tribunale di Pisa, sentenza del 9 marzo 1970, in *Giurisprudenza italiana*, 1971, I, 2, p. 61; Corte di cassazione, sentenza del 3 dicembre 1974, n. 3948, in *Giustizia civile*, 1975, I, p. 638, in motivazione; Tribunale di Napoli, sentenza del 9 novembre 1977, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1978, 540 e *Diritto e giurisprudenza*, 1978, 337, secondo cui «è ammissibile il procedimento camerale di correzione degli atti di stato civile, in luogo di quello contenzioso ordinario, nel caso in cui la precisazione dell'identità sessuale si sia palesata compiutamente attraverso la crescita del soggetto», atteso che «la rettifica degli atti dello stato civile deve disporsi non soltanto nei casi di errore nella compilazione dell'atto ma altresì quando l'atto non sia più conforme allo stato di fatto come, appunto, nel caso in cui taluno, per errore determinato dall'anomala configurazione dell'apparato genitale esterno ed in mancanza di più approfonditi esami, che al tempo della formazione dell'atto di nascita non poterono essere compiuti, sia stato ritenuto di sesso maschile anziché femminile»; Tribunale di Bari, sentenza del 29 gennaio 1962, in *Foro italiano*, 1962, p. 1036; Tribunale di Genova, sentenza del 16 luglio 1968, in *Giurisprudenza di merito*, 1969, I, 17, in motivazione; Tribunale di Milano, sentenza del 2 ottobre 1969, in *Nuovo diritto*, 1970, p. 272, in motivazione; Tribunale di Palermo, sentenza del 17 marzo 1972, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1972, p. 509 e in *Temi* 1974, 178, in motivazione; Corte di cassazione, sentenza del 13 giugno 1972, n. 1847, in *Giustizia civile*, 1972, I, p. 1978 e in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1973, p. 452 e in *Foro italiano*, 1972, I, 1, p. 2399, in motivazione; Corte di cassazione, sentenza del 7 aprile 1975, n. 1236, in *Foro italiano*, 1975, I, 1688, in motivazione; nel vigore della L. n.164/1982: Corte di appello di Bologna, sentenza del 14 dicembre 1982, in *Giurisprudenza italiana*, 1984, I, 2, p. 114, con nota di S. Patti, *I destinatari della L. n.14 aprile 1982, n. 164 ed il mutamento del nome*; Tribunale di Macerata, sentenza del 12 novembre 1984, cit., p. 195; Tribunale di Bologna, sentenza del 25 novembre 2009, in *Famiglia persone e successioni*, 2011, 11, p. 796, con nota di A. Costanzo, *L'erronea attribuzione di sesso al neonato giustifica la rettificazione dell'atto di nascita*; in dottrina, ritengono esperibile il procedimento di rettificazione: L. Ferri, *Degli atti dello stato civile*, sub art. 454, in *Commentario del codice civile*, Scialoja Branca (a cura di), Milano 1973, 130; P. Perlingeri, *Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1970, 842; P. L. Antignani, *Sulla natura della diagnosi di sesso*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1970, p. 213.

tanto una pretesa, ma anche la sua contestazione», sì che priva di logica sarebbe la preferenza verso il rito ordinario, a pena di dover «fabbricare un contendente fittizio»¹⁸.

- 2) In secondo luogo, come ricordato in dottrina e in giurisprudenza, può essere promossa l'azione di rettificazione ex art. 95 D.P.R. n. 396/2000, come suggerisce la parola stessa, allorché si intenda correggere un atto di stato civile a causa di un vizio nel procedimento di formazione del medesimo, dovuto a un errore in cui sia incorso l'ufficiale di stato civile o il denunciante¹⁹: il caso del soggetto intersessuale interessato a modificare il «sesso» e «nome» legali risulterebbe, in questo senso, analogo, atteso che indubbiamente vi è stato, al momento della dichiarazione di nascita, un errore non riconoscibile dovuto ad un'incertezza *ab initio* sul sesso del neonato.
- 3) In terzo luogo, sotto un'altra e ancora diversa prospettiva, va ricordato come la dottrina processual-civilistica abbia ritenuto, da una prospettiva parzialmente diversa, che lo scopo ultimo dell'azione di rettificazione sia quello di accertare che un fatto documentato negli atti di stato civile non corrisponde alla realtà materiale, e quindi di dichiarare che l'atto di stato civile contiene, a tutti gli effetti, un'informazione falsa (l'accertamento su tale fatto costituirà, poi, un dato fissato *una tantum*, utile alla risoluzione di tutte le eventuali controversie nelle quali esso risulti rilevante)²⁰: applicando questa interpretazione al caso che ci riguarda, si può affermare che l'azione di rettificazione mirerebbe ad accertare una mera situazione di fatto e, conseguentemente, a correggere l'eventuale discrasia tra quanto attestato nel registro di stato civile e la realtà materiale. In questo senso la giurisprudenza ha correttamente affermato che «è ammissibile il procedimento camerale di correzione degli atti di stato civile, in luogo di quello contenzioso ordinario, nel caso in cui la precisazione dell'identità sessuale si sia palesata compiutamente attraverso la crescita del soggetto», atteso che «la rettifica degli atti dello stato civile deve disporsi non soltanto nei casi di errore nella compilazione dell'atto ma altresì quando l'atto non sia più conforme allo stato di fatto come, appunto, nel caso in cui taluno, per errore determinato dall'anomala configurazione dell'apparato genitale esterno ed in mancanza di più approfonditi esami, che al tempo della formazione dell'atto di nascita non poterono essere compiuti, sia stato ritenuto di sesso maschile anziché femminile»^{21 22}.

18 F. Carnelutti, *Rettificazione del sesso*, cit., p. 492; dello stesso avviso: L. Ferri, *op. cit.*, p. 131; dopo la promulgazione della L. n.164/1982, ritengono in ogni caso applicabile il rito della rettificazione: S. Patti, Will, *La «rettificazione di attribuzione di sesso»: prime considerazioni*, in *Rivista di diritto civile*, 1982, II, pp. 739 ss.; Id., *Legge 14 aprile 1982, n. 164, norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1983, p. 739; S. Patti, voce *Transessualismo*, in *Digesto italiano, discipline privatistiche, sezione civile*, vol. n.XIX, Torino 1999, o. 425; P. M. Vecchi, voce *Transessualismo*, in *Enciclopedia giuridica*, XIX, Roma 1990, p. 4.

19 Cfr. A. Cicu, *Azione di rettificazione di atti di stato civile e azioni di stato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1949, pp. 765 ss., il quale, partendo dalla tesi in base alla quale l'atto di stato civile costituirebbe «titolo di stato», «il giudizio di rettificazione non tende a modificare e non modifica lo stato della persona: ma soltanto l'atto di stato civile»: l'autore ammette che «non v'è correzione che, in tesi astratta, non possa modificare il titolo dello stato», e che proprio per questo, al fine di evitare espedienti surrettizi ed elusivi da parte dei ricorrenti, dovrebbe essere il giudice ad ordinare la comparizione delle parti per essere illuminato sulle finalità ed effetti della chiesta rettificazione; Id., *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile*, Vassalli (diretto da), Torino, 1969, p. 151 ss.; in giurisprudenza, tra le altre, si veda: Tribunale di Firenze, sentenza del 10 giugno 1936, cit., 101, secondo la quale oggetto della procedura di rettificazione è la «riparazione di irregolarità occorse nella redazione degli atti di stato civile», tra cui la «erronea indicazione del sesso».

20 Così A. Attardi, voce *Atti dello stato civile*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano 1959, pp. 95 ss.; Id., *Efficacia giuridica degli atti di stato civile*, Città di Castello, 1949, 36 ss.; F. Carnelutti, *Rettificazione del sesso*, in *Rivista di diritto processuale*, 1962, p. 494, secondo cui la rettificazione va disposta in caso di errori di fatto, o errori del sesso, in base ai quali sul registro dello stato civile figura «una storia diversa dalla storia vera», sì che non si tratta di una «controversia intorno al sesso della persona ma intorno alla veridicità dell'atto di nascita».

21 Tribunale di Napoli, sentenza del 9 novembre 1977, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1978, 540 e *Diritto e giurisprudenza*, 1978, p. 337; v. anche le note che precedono per l'ulteriore giurisprudenza a favore del rito camerale della rettificazione dell'atto di nascita.

22 Visto in questa chiave, viene a noi allora da aggiungere, il giudizio di rettificazione degli atti di stato civile costituirebbe quindi una delle ipotesi di deroga espressamente prevista dalla legge al principio in base al quale l'accertamento giudiziale può avere ad oggetto esclusivamente i diritti soggettivi (o gli interessi legittimi, ex art. 24 Cost.): e d'altra parte, non si può non riconoscere una certa analogia tra il procedimento in parola e quello di querela di falso ex art. 221 c.p.c., assunto notoriamente a paradigma di azione mirante all'accertamento di un mero fatto giuridicamente rilevante; entrambi i giudizi mirano, infatti, a sondare la veridicità di un documento (e in entrambe le ipotesi si tratta, peraltro, di un atto pubblico); le differenze consistono tuttavia nell'oggetto dei due giudizi (in quello di rettificazione si accerta la veridicità di un dato «intrinseco», in quello di falso, invece, di un dato «estrinseco»), oltre che nei risultati ultimi cui essi pervengono (nel provvedimento che dispone la rettificazione vi è un *quid pluris*, atteso che attraverso esso non ci si limita all'eliminazione dell'efficacia di un documento falso, ma si ordina all'ufficiale di stato civile di sostituire il dato accertato come falso con un dato veritiero, ricostruito nel corso del processo; non vi è, in altri termini, soltanto una *pars destruens*, ma anche una *pars construens*, assente nel processo di querela di falso. Cfr., rispetto al principio in base al quale l'accertamento giudiziale non può avere ad oggetto semplici

Passando ora ad analizzare la giurisprudenza in materia, vale la pena di innanzitutto ricordare come la Suprema Corte, superata una volta per tutte la tesi restrittiva in base alla quale il giudizio di rettificazione sarebbe esperibile soltanto nei limitati casi di *lapsus calami* in cui sia incorso l'ufficiale di stato civile nella redazione dell'atto (e quindi, di fatto, per la correzione di un mero errore ortografico)²³, affermi ormai da circa tre decenni che il procedimento di rettificazione possa «essere promosso per la eliminazione di ogni ipotesi di difformità fra la realtà effettiva, alla stregua della normativa vigente, e quella riprodotta negli atti stessi, indipendentemente dalla ragione di tale difformità e dal soggetto che l'abbia causato»²⁴.

Anche alla luce di questi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, ritengo che sia proprio il procedimento di rettificazione degli atti di stato civile quello che il soggetto intersessuale deve esperire per la rettificazione dell'indicazione del prenome e del sesso nel proprio atto di nascita, proprio perché, come confermato da una parte della giurisprudenza espressasi su questa specifica fattispecie, giurisprudenza che quindi non può che essere avallata, esso tende «alla riparazione di irregolarità occorse nella redazione degli atti di stato civile», tra le quali deve essere ricompresa l'«erronea indicazione del sesso» di un soggetto intersessuale, atteso che, da ultimo, «la rettificazione non tocca l'essenza dell'atto e invariato, quindi, resta, lo stato della persona alla quale si riferisce»²⁵.

4. Profili comparatistici. Il processo di rettificazione dell'atto di nascita della persona intersex nell'ordinamento giuridico francese

Può essere utile ora gettare uno sguardo alla disciplina in materia dell'ordinamento giuridico francese: pur nella consapevolezza che si tratta di ordinamenti, quello italiano e quello francese, che pur affini non sono del tutto sovrapponibili, in particolare in materia di stato civile e, naturalmente, di diritto processuale civile.

fatti, anche se giuridicamente rilevanti (salva una specifica previsione derogatoria): G. Chiovenda, voce *Azione di mero accertamento*, in *Nuovo digesto italiano*, vol. n. II, Torino, 1937, p. 126, ripubblicata in *Saggi di diritto processuale civile*, III, Milano, 1993, p. 51, secondo cui «oggetto della sentenza d'accertamento non può essere un semplice fatto, quantunque giuridicamente rilevante», ma «a questa regola può fare eccezione per ragioni di opportunità una norma espressa di legge: tali sono le norme della legge italiana (art. 282, 296), francese (art. 193, 214) e tedesca (§ 256), che ammettono l'azione per l'accertamento di un mero fatto, quale la verità o falsità di una scrittura»; E. Ricci, voce *Accertamento giudiziale*, in *Digesto italiano, discipline privatistiche, sezione civile*, I, Torino, 1987, 20; E. T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, 8ª ed., a cura di V. Colesanti e E. Merlin, Milano, 2012, 171; E. Redenti, *Il giudicato sul punto di diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1949, 257; G. Pavanini, voce *Accertamento giudiziale*, in *Novissimo digesto italiano*, I, Torino 1957, p. 125; G. A. Micheli, *Corso di diritto processuale civile, I, Parte generale*, Milano, 1959, pp. 44 ss.; A. Attardi, *L'interesse ad agire*, Padova, 1959, p. 59; M. T. Zanzucchi, *Diritto processuale civile, I*, Milano 1964, p. 139; F. Carpi, *L'efficacia «ultra partes» della sentenza civile*, Milano, 1974, pp. 46 ss.; S. Costa, *Manuale di diritto processuale civile*, Torino 1980, p. 38; A. Cerino Canova, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, vol. n. II, 1, Torino 1980, 221 ss.; F. Tommaseo, *Appunti di diritto processuale civile, Nozioni introduttive*, 4ª ed., Torino, 2000, p. 170; C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, 23ª ed., I, Torino 2014, 15, spec. nota 34.

23 Cfr. *ex multis*: Corte di cassazione, sentenza del 5 maggio 1967, n. 861, in *Giustizia civile*, 1967, I; oggi, peraltro, la correzione dell'errore materiale di scrittura è possibile ex art. 98 del D.P.R. n. 396/2000, ed è effettuata direttamente dall'ufficiale di stato civile.

24 In questi termini: Corte di cassazione, sentenza del 16 dicembre 1986, n. 7530 in *Foro italiano* 1987, I, p. 1097 e in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1987, p. 576; Corte di cassazione, sentenza del 28 ottobre 1978, n. 4922, in *Giustizia civile*, 1979, I, p. 663, con nota di M. Finocchiaro, *Disaccordo tra genitori, imposizione del nome al neonato e rettificazione degli atti dello stato civile*, secondo cui l'azione di rettificazione investe la «corrispondenza fra la realtà del fatto e la riproduzione di esso nell'atto suddetto, cioè tra il fatto, qual è nella realtà (o quale dovrebbe essere nell'esatta applicazione della legge) e quale risulta dall'atto dello stato civile. Il non verificarsi di tale corrispondenza può dipendere da un errore materiale o da qualsiasi vizio che alteri il procedimento di formazione dell'atto dello stato civile, sia esso dovuto al dolo dell'ufficiale che lo redige o ad un suo errore, anche se scusabile in quanto imputabile ad uno dei soggetti chiamati dalla legge a fornire gli elementi per la compilazione dell'atto»; Corte di appello di Roma, sentenza del 11 ottobre 1979, in *Giurisprudenza di merito*, 1981, III, p. 654; Corte di cassazione, sentenza del 20 febbraio 1984, n. 1204, in *Giustizia civile*, 1985, I, p. 472; Corte di cassazione, sentenza del 30 ottobre 1990, n. 10519, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1991, I, p. 509, con nota di M. Di Nardo, *Status del figlio concepito da donna separata*; Tribunale di Ancona, sentenza del 7 giugno 1994, in *Giurisprudenza di merito*, 1995, III, è- 597; Corte di cassazione, sentenza del 27 marzo 1996, n. 2776.

25 Così Tribunale di Firenze, sentenza del 10 giugno 1936, *cit.*, 101; per gli ulteriori rimandi alla giurisprudenza conforme, v. nota 18.

Un primo significativo elemento di differenziazione appare manifesto già laddove si consideri che nell'ordinamento francese è consentito, in forza di una circolare del *Ministère de la justice et des libertés*, per i genitori del neonato intersessuale, chiedere all'ufficiale di stato civile che nell'atto di nascita venga menzionato un «sesso indeterminato» o, finanche, in casi eccezionali, previo accordo con il Procuratore della Repubblica, chiedere che venga omessa completamente l'indicazione del sesso: in quest'ultimo caso, tuttavia, secondo la circolare, siffatta omissione è destinata a durare per un periodo massimo di due anni, superati i quali è indispensabile, all'esito di una procedura giudiziaria – esperibile, in caso di inerzia dei genitori, da parte dello stesso Procuratore della Repubblica – optare per il sesso maschile o per quello femminile; proprio per queste ragioni, dunque, la normativa in esame prescrive all'ufficiale di stato civile di suggerire ai genitori del neonato intersessuale l'imposizione di un prenome neutro, idoneo «*par un fille et par un garçon*»²⁶, laddove invece nel sistema italiano, «il nome imposto al bambino deve corrispondere al sesso» (sesso che, come si è visto, può essere o maschile o femminile, *ex art. 35 D.P.R. n. 396/2000*).

Nonostante, quindi, la circolare ministeriale «addolcisca» il dimorfismo sessuale che connota l'ordinamento giuridico francese²⁷, anche in Francia si è posto il quesito se, in caso di divergenza tra il sesso di elezione e il sesso legale della persona intersessuale, l'armonizzazione tra i due debba avvenire mediante un *jugement de rectification* o mediante un *jugement de changement d'état* (non essendo in questo Paese stata introdotta alcuna legge specifica in materia di rettificazione di attribuzione di sesso, al pari della L. n. 164/1982).

Al riguardo, la giurisprudenza e la dottrina convergono, con un orientamento che ormai si può definire granitico, anche se non unanime, verso la prima opzione: già dalla prima metà del '900 svariate pronunce di merito avevano ritenuto che nel caso in cui un soggetto presenti un'ambiguità congenita degli organi sessuali, si possa procedere *de plano* con l'azione di rettificazione disciplinata dall'art. 99 del codice civile francese²⁸, e tale orientamento si è mantenuto costante e in assoluto maggioritario grazie

26 Così infatti prescrive la *Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation*, in BOMJL, 2011, 11, 30 novembre 2011, spec. § 55, p. 27; la circolare, che peraltro in questo passaggio sostituisce il punto n. 288 della previgente *Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999 (Annexe)*, si contrappone ad un orientamento giurisprudenziale precedente, in base al quale «*tout individu, même s'il présente des anomalies organiques, doit être obligatoirement rattaché à l'un des deux sexes masculin ou féminin, lequel doit être mentionné dans l'acte de naissance*» (così CA Paris, 18 janv. 1974: D. 1974, p. 196, concl. n. Granjon; conforme: TGI Dijon, 2 mai 1977, Gaz. Pal. n.1977-2-577); nella dottrina italiana, è rimasta isolata l'opinione di L. Ferri, *Degli atti dello stato civile*, cit., 129, secondo cui «se l'ufficiale di stato civile, cui il neonato sia stato presentato, o gli stessi medici che hanno assistito al parto riconoscano di non essere in grado di stabilire il sesso, senza procedere ad accertamenti più delicati ed approfonditi, resterà sospesa la formazione dell'atto di nascita, che non potrebbe essere retto incompiutamente, cioè senza l'enunciazione del sesso. Penso che in questo caso, a decidere del sesso del neonato, non possa essere che il Tribunale il quale vi procederà valendosi, naturalmente, dell'assistenza di un consulente tecnico (...). Il rito sarà quello della rettificazione, perché si tratta di formare un atto di stato civile omesso, sia pure per difficoltà obiettive».

27 Cfr. l'affermazione di Nerson, Rubellin-Devichi, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1982, 841, secondo cui: «*En droit, l'ermaphrodite n'existe pas*»; va osservato tuttavia come la giurisprudenza abbia, in un caso recente, ordinato all'ufficiale di stato civile di modificare l'atto di nascita di un soggetto intersessuale maggiorenne: così TGI Tours, 20 Août 2015, in D. 2015, 2295, note de F. Violla, *Substitution à l'état civil de la mention «sexe neutre» à celle «de sexe masculin»* e in D. 2016, 20, note de Libchaber, *Les incertitudes du sexe*, da cui si evince che la persona ricorrente, «*dont les organes génitaux ne correspondent pas à la norme habituelle de l'anatomie masculine ou féminine*», non si riconosceva né nel sesso maschile, né in quello femminile, e chiedeva quindi la rettificazione dell'atto di nascita nella parte relativa al sesso, domandando la sostituzione da «sexe masculin» a «sexe neutre» o, in subordine, «intersexe»; il Tribunale ha statuito come l'art. 55 della *Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation* debba essere interpretato nel senso in cui la determinazione, entro i due anni dalla nascita, tra sesso maschile o femminile, non debba necessariamente essere effettuata nei casi in cui «*le sexe de l'intéressé ne pourrait jamais être déterminé*»; tale soluzione, secondo la il Tribunale, è conforme al diritto al rispetto della vita privata e familiare, tutelato dall'art. 8 CEDU, e non è contraria all'ordine pubblico.

28 Cfr. T. Corbeil, 15 juillet 1914, RTD civ., 1915, 493, obs. Wahl; T. Chateau-Thierry, 26 janvier 1940, DH, 1940, II, 123; T. Soissons, 25 juillet 1945, GP, 1945, II, 141, e i precedenti *ivi* citati in nota (*non vidi*: T. Quimper, 20 juillet 1931, Gaz. Pal. n.T. Q., 1930-1935, *Actes de l'état civil*, n. 47; T. Nîmes, 18 juin 1928, Gaz. Pal. n.T.Q., 1925-1930, *Actes de l'état civil*, n. 29 e *La loi*, 23 mai 1929; T. Ambert, 15 avril 1925, Gaz. Pal. n.T.Q., 1920-1925, *Actes de l'état civil*, n. 8 e in *La loi*, 12 novembre 1924; T. Angers, 27 février 1846, DP, 46.2.85); CA Paris, 18 janvier 1974, RTD civ., 1974, 801, obs. Nerson, in cui si pone la distinzione, invalsa all'epoca anche nella giurisprudenza italiana, tra intersessualismo e transessualismo, ammettendosi la rettificazione soltanto nel primo caso e negandola in vece nel secondo, non potendo trovare tutela la condizione di chi abbia modificato artificialmente la morfologia del proprio corpo per l'ingestione di farmaci ormonali o per un intervento chirurgico; al riguardo, si veda anche CA Paris, 8 décembre 1967: JCP G 1968, II, 15518 *bis* e RTD civ., 1968, 536, obs. Nerson, in cui la domanda di rettificazione è stata accolta, previo esperimento di una *expertise* attraverso cui sono state accertate le anomalie congenite dell'istante e di converso l'errore nella compilazione dell'atto di nascita; *contra*: CA Paris, 31 mai 1966, JCP G, 1966, II, 14723, ove è stato statuito che il procedimento di rettificazione è esperibile solo in caso di errore materiale di scrittura.

altresì ad una sua recente «consacrazione», avutasi con una importante pronuncia della Corte di appello di Versailles²⁹. L'adozione di tale rito infatti si fonda sul principio in base al quale, anche secondo la giurisprudenza francese, si procede con l'*action en rectification* qualora vi sia stata erronea formazione *ab initio* dell'atto di nascita, mentre è necessario esperire una *action d'état* nel caso in cui l'atto di nascita sia stato compilato correttamente, e si intenda ottenere una sentenza costitutiva di mutamento del sesso (come avviene nel caso, appunto, di soggetto transessuale: tanto è vero che, in Francia, in questo caso si procede con un *jugement d'état inconnue*, che la dottrina ha peraltro battezzato come una «*action en réclamation de sexe*»)³⁰. Argomentazioni del tutto analoghe vengono spese in dottrina, ove è stato affermato che in caso di soggetto intersessuale, «*il ne s'agit pas à proprement parler de changement de sexe mais bien de la détermination du sexe depuis la naissance*»³¹, così che «*il s'agit de mettre l'état civil en accord avec la réalité par une simple rectification*»³².

5. La natura di volontaria giurisdizione del procedimento di rettificazione: conseguenze

Una volta appurato che il procedimento da adottare è quello di rettificazione degli atti di stato civile di cui agli artt. 95 ss. D.P.R. n. 395/2000, il quali, salvo alcune deroghe espressamente sancite – tra le quali quella relativa alla competenza territoriale, dovendo essere proposto il ricorso *ex art.* 125 c.p.c. presso il tribunale nel cui circondario si trova l'ufficio di stato civile presso il quale è registrato l'atto di nascita –, rinviano *tout court* alla disciplina del rito camerale *ex artt.* 737 ss. c.p.c.³³, restano da considerare alcuni

- 29 CA Versailles, 22 juin 2000, JCP G 2001, II, 10595, note de P. Guez, *Le changement de sexe d'un enfant hermaphrodite* e RTD civ. 2001, 849, obs. J. Hauser; in questo caso il sesso meramente cromosomico maschile dell'interessato era coerente con quello dichiarato alla nascita, ma il soggetto presentava organi sessuali «*particulièrement insuffisants*» e un'identità di genere femminile, motivo per cui era stato sottoposto, su consiglio medico, ad un'operazione chirurgica di castrazione e femminilizzazione, a seguito della quale veniva proposta, dai genitori, in qualità di rappresentanti legali, domanda nel corso del giudizio qualificata come rettificazione degli atti di stato civile, che veniva tuttavia rigettata in primo grado dal Tribunale di Nanterre, secondo cui «*l'opération castratrice à laquelle il a été recourue... ne peut permettre à l'enfant de devenir une femme à part entière, que rien ne permet d'affirmer que l'enfant devenu majeur et libre de ses choix, présentera une apparence physique et un comportement social à dominante féminine*»; in secondo grado la domanda veniva invece accolta e la rettificazione del sesso e del nome disposta (da maschile a femminile, e da Enzo, Fernand, Egidio a Victoria, Anne, Maryse), avendo la Corte d'appello ritenuto che il sesso legale di cui ai registri di stato civile dovesse corrispondere al sesso anatomico raggiunto chirurgicamente e a quello sociale e psichico ad esso conforme (il soggetto infatti si comportava e si rapportava agli altri come una femmina), essendo irrilevante il sesso cromosomico.
- 30 Si parla, a tale riguardo, anche di «*action en réassignation*» o «*action en concordance de sexe*»: cfr., per l'analisi della giurisprudenza in materia: J.-P. Branlard, *Le sexe et l'état des personnes, Aspects historique, sociologique et juridique*, LGDJ, 1993, préf. F. Terré, n° 1826 ss.
- 31 G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Les personnes*, LGDJ, 1990, n° 260, secondo cui «*la rectification administrative ou judiciaire des actes de l'état civil prouve par l'article 99 du Code civil suppose qu'une erreur ait été commise lors de la rédaction de l'acte (...). C'est encore le cas si le sexe du nouveau né n'était pas clairement déterminé au moment de la déclaration de naissance (...); si une analyse plus précise établit que le "sexe probable" n'était pas le vrai, qu'un traitement médical ou chirurgical peut aider à révéler, il y aura lieu à rectification de l'acte de l'état civil qui ençait une information fautive*»; conformi: P. Guez, *Le changement de sexe d'un enfant hermaphrodite*, JCP G 2001, 1781, secondo cui «*une ligne de partage intangible semble ainsi se dessiner entre les transsexuels et les pseudo-hermaphrodites. Pour les premiers – dont le sexe est physiquement bien identifié mais qui ont la conviction d'appartenir au sexe opposé – le changement de sexe ne peut résulter que d'une action d'état. Pour les seconds, en revanche, il ne serait que la conséquence d'une action en rectification dès lors que le sexe morphologique est à l'origine atteint de malformation*»; J. Hauser, *Incertitude ab initio sur le sexe: rectification d'état civil*, RDD Civ. 2001, 849, secondo cui «*le critère du changement volontaire, impuissant à discriminer les changements de sexe autorisés de ceux qui ne le seraient pas, garde un intérêt pour distinguer les actions d'état consécutives à un changement et les actions en simple rectification d'état civil*».
- 32 J. P. Branlard, *op. cit.*, n° 1787 ss. (spec. n° 1816, ove è citata anche, in nota 85 e 86, la dottrina minoritaria, secondo cui è necessario esperire un'azione di stato); C. Saint Alary-Houin, *La sexualité dans le droit civil contemporain*, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, tome 33, 1985, 15, n° 19.
- 33 Sul procedimento camerale, in generale: E. Redenti, *Diritto processuale civile*, vol. III, Milano 1954, 347; V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli 1964, 425; A. Carratta, voce *Processo camerale (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, III, Milano 2010, 928; G. Arieta, voce *Procedimenti in camera di consiglio*, in *Digesto italiano, discipline privatistiche, sezione civile*, XIV, Torino, 1996, p. 435; E. Fazzalari, voce *Giurisdizione volontaria (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano 1970, 330; G.A. Micheli, voce *Camera di consiglio (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, V, Milano, 1959, p. 981; L. Montesano, voce *Giurisdizione volontaria*, in *Enciclopedia giuridica*, XV, Roma, 1989, pp. 9 ss.; L. Laudisa, voce *Camera di consiglio I) Procedi-*

profili rilevanti: la natura del giudizio; la legittimazione attiva; la fase istruttoria; la natura e la stabilità della decisione; il momento a partire dal quale decorrono i suoi effetti.

Sulla natura del giudizio di rettificazione non vi è stata, in linea generale, soprattutto nel vigore della precedente disciplina, concordia di vedute tra gli studiosi, essendosi ritenuto da alcune Voci che si trattasse di un procedimento in ogni caso strutturalmente contenzioso, e da altre di un giudizio di volontaria giurisdizione in cui «il giudice fa quanto avrebbe dovuto fare o, di regola, fa, un'autorità appartenente all'ordine amministrativo»³⁴ al riguardo, alla luce della normativa odierna, così come riformulata dal D.P.R. n. 396/2000, non si può negare che in alcuni casi – come in quello in cui l'ufficiale di stato civile rigetti la domanda di trascrizione nei registri di un atto amministrativo o giurisdizionale straniero perché ritenuto contrario all'ordine pubblico, ex art. 18 – il giudizio veda contrapposti i diritti soggettivi o gli interessi di più parti, acquisendo quindi natura contenziosa (si pensi appunto al caso paradigmatico della “lite” tra la coppia *same-sex* che intende far trascrivere il proprio atto di matrimonio formato all'estero, da una parte, e l'Ufficiale di Stato civile, dall'altra, e il Pubblico ministero, dall'altra ancora: in questo caso)^{35 36}; tale assunto, tuttavia, non è sempre valido, e non lo è mai nel caso in esame: allorquando il procedimento in parola sia volto all'accertamento della veridicità di un fatto materiale così come indicato nell'atto di nascita – in questo caso: il sesso «prevalente» di un individuo avente organi genitali ambigui –, non vi può essere quel contrasto tra *litigatores* tipico del giudizio avversariale della giurisdizione civile, scaturente dalla lesione attuale, potenziale o perpetrata di una situazione sostanziale³⁷ e dalla conseguente contrapposizione dell'interesse dello Stato e quello del privato cittadino, ma semmai un unico interesse, comune e convergente, di natura, come si vedrà meglio nel prosieguo, sia pubblica che privata, alla corrispondenza tra quanto attestato nello stato civile e la realtà dei fatti. Il giudizio camerale cui l'art. 95 D.P.R. n. 396/2000 rinvia, in altri termini, ha natura polimorfa e variabile, ma, in questo caso, sempre di volontaria giurisdizione «pura»: così che ad esso saranno applicabili tutti i principi invalsi su di essa³⁸.

menti in camera di consiglio (dir. proc. civ.), in *Enciclopedia giuridica*, V, Roma 2002; sul procedimento di rettificazione degli atti di stato civile, ex plurimis: A. Cerino Canova, *Degli atti dello stato civile*, cit., 667.

- 34 Queste le parole di A. Cerino Canova, *Degli atti dello stato civile*, cit., 764, secondo cui il processo di rettificazione va annoverato tra i giudizi «a contenuto oggettivo»; prima della riforma avutasi con il D.P.R. n.396/2000 parte della dottrina riteneva che la domanda di rettificazione degli atti dello stato civile non avesse natura contenziosa: M. Azzariti, voce *Stato civile*, in *Novissimo digesto italiano*, XVIII, Torino 1971, p. 292 ss.; E. Fazzalari, voce *Giurisdizione volontaria*, cit., 377, spec. nota 255; in giurisprudenza: Corte di cassazione, sentenza del 26 luglio 1952, n. 2365, in *Giurisprudenza completa della Corte di cassazione*, 1953, III, 128; di opinione contraria: E. Allorio, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1948, p. 513; G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, III, Napoli, 1965, p. 1299; in giurisprudenza: Corte di cassazione, sentenza del 28 gennaio 1961, n. 157, in *Foro italiano*, 1961, I, p. 202; Corte di cassazione, sentenza del 6 ottobre 1977, n. 4252, in *Foro italiano*, 1978, I, p. 1508; secondo G.A. Micheli, *Processo per la rettifica degli atti dello stato civile e cosa giudicata*, in *Giurisprudenza completa della Corte di cassazione*, 1949, II, p. 301 ss., si davano due diverse ipotesi di rettificazione (una regolata dall'art. 451 c.c., e un'altra dall'ordinamento di stato civile), e soltanto la prima avrebbe avuto natura contenziosa.
- 35 In questo caso si può ritenere che il giudizio abbia natura contenziosa: si veda, a tale riguardo, se si vuole, i rilievi in G. Cardaci, *Sull'efficacia automatica - seppur “interinale” - del matrimonio tra persone dello stesso sesso nell'ordinamento giuridico italiano e sulla trascrizione del relativo certificato nell'archivio di stato civile*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2017, 1, p. 241 e ss.
- 36 Si pensi anche al caso in cui l'Ufficiale di Stato civile rigetti l'istanza di trascrizione di un atto straniero in quanto ritenuto contrario all'ordine pubblico ex art. 18 D.P.R. n. 396/2000 (tra i molti esempi possibili, un atto di nascita derivante dalla c.d. pratica di «gestazione per altri», o un atto di matrimonio contratto tra persone dello stesso sesso); si pensi anche al caso in cui venga negata in egual modo la trascrizione di una decisione di separazione, divorzio o annullamento del matrimonio ex art. 21 Reg. 2201/03/CE o di una sentenza avente il medesimo oggetto ex art. 64 L. n.218/95 (caso in cui, secondo una parte della dottrina, si dovrebbe applicare il procedimento ex art. 95 D.P.R. n. 396/2000: R. Cafari Panico, *Divorzi stranieri tra riconoscimento e trascrizione*, in *Rivista di diritto internazionale processuale*, 2002, p. 5).
- 37 Cfr. E. Fazzalari, *Giurisdizione volontaria*, cit., 354, secondo cui, a differenza della giurisdizione volontaria, in quella civile l'attività giurisdizionale (sia di condanna, che di accertamento, che costitutiva: v. nota 116, seppur con sfumature diverse) «ha per presupposto l'illecito, più precisamente la violazione (perpetrata o attualmente minacciata) di un dovere sostanziale (cioè già imposto dalla legge sostanziale)»; v. anche G.A. Micheli, *Significato e limiti della giurisdizione volontaria*, in *Rivista di diritto processuale*, 1957, p. 551, secondo cui la giurisdizione volontaria si applica ad ipotesi di tutela «che prescindono dall'esistenza di parti contrapposte»; in senso critico: V. Denti, *La giurisdizione volontaria rivisitata*, in *Studi in onore di Enrico Allorio*, I, Milano 1989, p. 190.
- 38 Il giudizio ex art. 95 D.P.R. n. 396/2000 avrà natura di volontaria giurisdizione anche allorquando un soggetto interessato intenda promuovere la «ricostruzione di un atto distrutto o smarrito o la formazione di un atto omesso»: come osservato da E. Fazzalari, *op. ult. cit.*, 377, in questi casi vi è il difetto di tutti i presupposti «in qualche modo ragguagliabili a quelli giurisdizionali», non sussistendo, «prima della sentenza di rettificazione, l'obbligo di ricevere l'atto omesso o rinnovare l'atto distrutto o correggere l'errore, giacché tale obbligo nasce appunto dalla sentenza di rettificazione».

6. I soggetti legittimati a promuovere il procedimento. In particolare: il ruolo e i poteri del pubblico ministero

La legittimazione attiva compete:

- 1) al soggetto intersessuale, qualora maggiore di anni diciotto, e quindi dotato di capacità processuale, ex art. 75 c.p.c.;
- 2) ai suoi genitori, qualora sia minore di anni diciotto, in qualità di rappresentanti legali ex art. 75, comma 2, c.p.c.: si tratta di un'ipotesi piuttosto frequente nella prassi, atteso che, come è dato riscontrare nelle pronunce edite in materia, la maggior parte dei procedimenti vengono instaurati nel corso della prima infanzia o, al più tardi, dell'età puberale del soggetto intersessuale, ovverosia non appena si è definita con nitidezza e certezza la sua identità di genere³⁹;
- 3) ad un curatore speciale nominato in caso di conflitto di interessi tra il minore intersessuale ed i suoi genitori – ad esempio, nel caso di inerzia o di renitenza di questi ultimi ad avviare il procedimento di rettificazione; potrà quindi essere proposta istanza per la nomina di un curatore speciale, ex art. 78 c.p.c., affinché anche in questa fattispecie, attraverso un soggetto terzo, trovi piena realizzazione il *best interest of the child*, quale obiettivo ultimo in tutti i procedimenti che riguardano il soggetto minorenni⁴⁰. E d'altra parte, specularmente, sul versante sostanziale, già in passato si è assistito alla nomina, da parte del giudice minorile, di un curatore speciale, ex art. 333 c.c., in un caso in cui i genitori di uno pseudoermafrodita femminile erano rimasti renitenti a porre in atto gli «interventi necessari al benessere psicofisico del figlio»⁴¹;
- 4) al pubblico ministero: in casi simili, potrà essere fatta istanza, anche informale, al pubblico ministero, affinché agisca per la promozione del procedimento di rettificazione. L'art. 95, comma 2°, D.P.R. n. 396/2000, infatti, lo legittima a instaurare detto giudizio (e anche in questo caso, la prassi ha dimostrato un uso piuttosto frequente di questa facoltà)⁴²; la *ratio* della norma giace nel principio secondo cui vi è un interesse dello Stato alla chiara e corretta enunciazione dei registri dello Stato civile, di cui il Pubblico ministero si pone, quindi, come «guardiano». Proprio per queste ragioni, il Pubblico Ministero dovrebbe avviare il procedimento in piena autonomia tutte le volte in cui abbia avuto, anche attraverso la segnalazione di terzi – si pensi ai medici pediatri, agli insegnanti, o ai parenti –, notizia del manifesto disallineamento tra identità di genere e sesso legale di un soggetto minorenni intersessuale, attesa la necessità di tutelare il suo interesse preminente ad essere iden-

39 È questo il caso, ad esempio, di: Tribunale di Bologna, sentenza del 25 novembre 2009, in *Famiglia, persone, successioni*, 2011, 11, p. 796, con nota di A. Costanzo, *L'erronea attribuzione di sesso al neonato giustifica la rettificazione dell'atto di nascita*; meno recentemente: Tribunale di Bari, sentenza del 29 gennaio 1962, in *Foro italiano*, 1962, 1036; Corte di appello di Bari, sentenza del 22 marzo 1962, in *Foro italiano*, 1962, I, 1033 e *Rivista di diritto processuale*, 1962, p. 492; Tribunale di Foggia, sentenza del 25 maggio 1965, in *Daunia giudiziarie*, 1965, p. 149; Tribunale di Roma, sentenza del 13 febbraio 1975, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1975, p. 188; Tribunale di Taranto, sentenza del 28 gennaio 1974, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1974, p. 459; Tribunale di Macerata, sentenza del 12 novembre 1984, *cit.*, p. 196.

40 Cfr.: M. C. Ruò, *Il curatore del minore, compiti – procedure – responsabilità*, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 25, la quale, sulla scorta del principio del *best interest of the child* quale criterio preminente e determinante di giudizio ai sensi dell'art. 3 della Convenzione di New York e dell'art. 24 della CEDU e della giurisprudenza della Corte costituzionale (che ha definito l'interesse generale del minore come clausola generale dell'ordinamento: cfr. Corte cost. 23 gennaio 2013, n. 7), osserva come «si è assistito solo negli ultimi anni a un'espansione dell'istituto del curatore speciale del minore anche in fattispecie diverse da quelle previste espressamente dalla normativa e da quelle patrimoniali»; lo stesso problema si è posto in passato per quel che concerne soggetti minori con disforia di genere (cfr., al riguardo: Tribunale di Roma 11 marzo 2011, in *Famiglia e minori*, 2011, p. 499, con nota di M. C. Ruò, *Persone minori di età e cambiamento di identità sessuale*).

41 Con la conseguenza per cui i genitori venivano altresì sospesi dalla responsabilità genitoriale: così Tribunale di Potenza, sentenza del 29 luglio 1993, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1993, p. 1199, ove la richiesta di nomina del curatore era stata effettuata, anche in questo caso, dal Pubblico ministero del tribunale per i Minorenni; il Tribunale ha disposto la nomina del curatore ex art. 333 c.c. (non già ex art. 321 c.c., non essendo tutti gli atti richiesti dal P.m. configurabili come «atti giuridici»: richiesta di pareri specialistici, sottoposizione del minore a visite ed analisi...).

42 In giurisprudenza, è stato promosso il giudizio dal Pubblico Ministero per la rettificazione dell'atto di nascita del soggetto intersessuale nei seguenti casi: Tribunale di Bologna, sentenza del 25 novembre 2009, *cit.*, p. 796; Corte di appello di Lecce, sentenza del 13 febbraio 1941, in *Foro italiano Repertorio*, 1942, voce *Stato civile*, n. 2, secondo cui «il tribunale può procedere, su richiesta della regia procura, alla rettifica dell'atto di nascita, per erronea indicazione del sesso, quando l'errore risulti dalle indagini d'ufficio».

tificato nella società con un prenome armonizzato con la sua identità, interesse tutelato dall'art. 2 della Costituzione⁴³.

Si può affermare, quindi, che gli interessi salvaguardati dal Pubblico Ministero nella procedura sono molteplici e di diversa natura, ma che senza dubbio, su di essi, debba prevalere quello del soggetto intersessuale, in particolare laddove minorenni: è questa d'altra parte la ragione per cui, più in generale, anche nei casi in cui non abbia azionato il giudizio in qualità di ricorrente, il Pubblico ministero deve comunque, in ogni caso, essere sentito dal Tribunale, ai sensi dell'art. 96 D.P.R. n. 396/2000, così che il mancato deposito delle sue conclusioni motivate sarà motivo di nullità del decreto⁴⁴.

Qualora, inoltre, si fosse imposto al minore un intervento chirurgico meramente "cosmetico", palesemente non necessario e contrario al suo benessere psico-fisico, e qualora si ritenesse – ma il punto meriterebbe un approfondimento da parte della dottrina penale – che tale condotta costituisca una fattispecie di reato (ad esempio, lesioni personali, *ex* art. 582 c.p.), si potrebbe forse ritenere che la presenza del pubblico ministero – vuoi in qualità di promotore dell'azione, vuoi in qualità di litisconsorte evocato sempre in giudizio ad esprimere un parere sulla domanda azionata *ex* art. 96 D.P.R. n. 396/2000 – possa svolgere anche la funzione di "supervisione" e "controllo" rispetto alla configurabilità di condotte penalmente rilevanti.

È forse interessante ricordare che il Pubblico ministero non può più, come in passato, agire «nell'interesse delle persone povere che gliene fanno richiesta direttamente», come previsto dall'art. 167 r.d. 1238/1938, essendo oggi in vigore la l. 134/2001 in materia di gratuito patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti. Un celebre esempio di azione promossa dal pubblico ministero per indigenza è avvenuto in Francia e ha riguardato la giovane Serpin, domestica intersex cui vennero negate le pubblicazioni di matrimonio in forza dell'atto di nascita che le attribuiva il sesso maschile e il prenome di Louis Francois. Avendo necessità di fare rettificare questo errore e non avendo la possibilità di ricorrere ad un avvocato (anche il padre giornalista e la madre erano egualmente indigenti), la giovane Serpin fece istanza al Pubblico ministero, affinché agisse *motu proprio*⁴⁵.

7. Segue: l'istruzione probatoria nel giudizio di rettificazione. L'ammissibilità delle prove atipiche

I profili più delicati del procedimento in esame sono quelli che attengono alla fase istruttoria: al riguardo, va innanzitutto precisato che l'art. 451 c.c., rubricato «forza probatoria degli atti», precisa come «gli atti dello stato civile fanno prova, fino a querela di falso, di ciò che l'ufficiale pubblico attesta essere avvenuto alla sua presenza o da lui compiuto» e che, tuttavia, «le dichiarazioni dei comparenti fanno prova fino a prova contraria»: atteso che l'ordinamento di stato civile, *ex* art. 30 D.P.R. n. 396/2000, dispone che la dichiarazione di nascita debba necessariamente essere «resa da uno dei genitori, da un procuratore speciale, ovvero dal medico o dalla ostetrica o da altra persona che hanno assistito al parto», ne consegue che l'identità di genere dell'interessato potrà essere accertata non necessariamente mediante querela di falso, ma con ogni mezzo istruttorio, sia pur nei limiti – come noto piuttosto elastici, oltre che privi di barriere preclusive – di cui all'art. 738, comma 3°, c.p.c.⁴⁶.

43 Circa il diritto all'identità sessuale, il quale si estrinseca anche attraverso la corretta enunciazione degli atti di stato civile per la persona transessuale (e, *a fortiori*, intersessuale), cfr., *ex pluribus*: Corte costituzionale, sentenza del 6 maggio 1985, n. 161, cit., p. 1294; in dottrina: B. Pezzini, *op. cit.*, 468.

44 È questo un caso in cui il Pubblico ministero fornisce un «parere» sul *thema decidendum*, non vincolante per il giudice ma comunque necessario; si tratta della c.d. «audizione» del Pubblico ministero, che ne sostituisce l'intervento nei processi ordinari *ex* art. 71 c.p.c. (cfr. G.A. Micheli, *op. cit.*, p. 987).

45 T. Château-Thierry, 26 janvier 1940, D.H. 1940-J-123; T. Angers, 27 février 1846, D.P. 1848-2-85.

46 Sull'istruttoria nel procedimento camerale: B. Capponi, *Le «informazioni» del giudice civile (appunti per una ricerca)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1990, 911; R. Tiscini, *L'accertamento del fatto nei procedimenti con struttura sommaria*, in *www.iudicium.it*, 2010, la quale ricorda come in un contesto sommario l'istruttoria può essere elevata al massimo livello di semplificazione, con sacrificio delle forme solenni, a favore del raggiungimento celere del risultato di giustizia, sicché anche le prove tipiche possono essere svincolate dal modello formale di assunzione previsto dalla legge, salvo in ogni caso il rispetto dei principi di azione e difesa.

L'onere della prova ricadrà, così come avviene in forza del principio generale di cui all'art. 2697 c.c., applicabile anche ai procedimenti camerali⁴⁷, sulla parte ricorrente, che sarà tenuta a dimostrare innanzitutto la propria condizione di persona intersessuale, anche attraverso la produzione in giudizio di prove atipiche, come ad esempio le perizie stragiudiziali o le c.d. «prove scientifiche»⁴⁸; va detto infatti che se lo stato intersessuale non costituisse oggetto di prova, sarebbe del tutto agevole per qualsiasi individuo – e in particolare per colui che abbia la disforia di genere –, eludere la più rigida procedura di cui alla L. n. 164/1982 e all'art. 31 del d.lgs. n. 150/2011.

In secondo luogo, sarà necessario dimostrare l'erroneità di quanto dichiarato nell'atto di nascita conservato nel registro di stato civile: sarà onere della parte ricorrente, in altri termini, dimostrare che il «sesso prevalente», inteso non già come sesso cromosomico-genetico, gonadico, fenotipico (attesa la loro insopprimibile ambiguità), ma come sesso psicosociale (*melius*: identità di genere), è diverso da quello legale, enunciato nell'atto di nascita.

Sia lo stato intersessuale che il sesso d'elezione potranno essere agevolmente provati, come si è visto, mediante:

- 1) una perizia di parte, ma il tribunale potrà, se ritenuto necessario ai sensi dell'art. 61 c.p.c., disporre una consulenza tecnica d'ufficio⁴⁹: ciò potrà apparire opportuno soprattutto laddove il beneficiario del decreto di rettificazione sia un soggetto minorenni, a maggior ragione se infradodicesenne.
- 2) Qualora si tratti di un bambino, la prova dell'identità di genere del destinatario degli effetti del provvedimento richiesto potrà essere desunta altresì da alcune produzioni documentali: si pensi agli scritti o ai disegni, o alle registrazioni audiovisive che lo ritraggono, nelle quali emerga la sua persistente e chiara identificazione con il genere opposto a quello assegnato alla nascita e registrato allo stato civile;
- 3) Si potrà altresì fare ricorso, naturalmente, anche alla testimonianza di terzi, come quella resa dagli insegnanti o dai parenti, che possono offrire una chiara descrizione sull'identificazione del sé del bambino, testimonianza che peraltro potrà essere assunta anche senza previa formulazione di specifici capitoli (e senza, in generale, la pedissequa osservanza dei canoni di cui agli artt. 244 ss. c.p.c.), attesa la semplificazione delle forme istruttorie da cui è caratterizzato il procedimento camerale⁵⁰.
- 4) Naturalmente, se si tratta di un soggetto minorenni, dovrà essere data piena attuazione all'art. 315 *bis*, ribadito poi dall'art. 336 *bis* c.c., in base al quale «il minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore, ove capace di discernimento, è ascoltato dal Presidente del tribunale o dal giudice delegato nell'ambito dei procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti che

47 Sulla speciale declinazione che il principio dell'onere della prova assume in seno al procedimento di volontaria giurisdizione, cfr., *funditus*: L.P. Comoglio, *Difesa e contraddittorio nei procedimenti in camera di consiglio*, in *Rivista di diritto processuale*, 1997, p. 739, secondo cui la ricerca «ufficiale» della verità preclude un'applicazione meccanicistica della norma sull'onere della prova; così anche: Redenti, *op. cit.*, III, 350; G.A. Micheli, voce *Camera di consiglio (Diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1959, vol. n. V, 9p. 85; *contra*: G. F. Ricci, *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2002, p. 434.

48 Si pensi, tra i molti esempi possibili, nei casi di intersessualismo di natura cromosomica, al referto ospedaliero con i risultati degli esami ematochimici; più in generale, ritengono ammissibili le prove atipiche nel procedimento camerale, laddove utilizzato per la volontaria giurisdizione: G.F. Ricci, *op. cit.*, p. 431; L.P. Comoglio, *Garanzie costituzionali e prove atipiche nel procedimento camerale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1976, p. 1150; M. Taruffo, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Rivista di diritto processuale*, 1973, p. 389; in senso critico: B. Cavallone, *Critica alla teoria delle prove atipiche*, in *Rivista di diritto processuale*, 1978, p. 679; A. Graziosi, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2011, p. 693;

49 Cfr. Corte di appello di Firenze, sentenza del 3 marzo 1995, in *Foro italiano*, 1995, I, p. 1323, secondo cui nel procedimento camerale è possibile «deferire al consulente tecnico d'ufficio indagini vaste e informali, intese alla ricerca di tutti i possibili elementi di giudizio; pertanto, lo stesso può acquisire in piena libertà fatti e notizie».

50 Cfr., in questo senso: Corte di cassazione, sentenza del 9 giugno 2005, n. 12173, in *Diritto e giustizia*, 2005, 34, p. 47, secondo cui nel procedimento camerale, nel quale è rimessa alla discrezionalità del giudice l'assunzione di sommarie informazioni, è esclusa l'applicabilità delle norme processuali sulla prova testimoniale dettate per il giudizio ordinario di cognizione, sì che è inammissibile «la censura genericamente accampata dal ricorrente con riferimento alla presunta violazione delle norme sul modo di deduzione della prova testimoniale (art. 244 c.p.c.), sulla prestazione del giuramento (art. 251 c.p.c.) e sulle modalità di interrogazione del testimone (art. 253 e 231 c.p.c.)»; in dottrina, di eguale avviso: E. Redenti, *op. cit.*, 356; R. Tiscini, *L'accertamento del fatto*, cit., 15, la quale ritiene altresì possibile una consulenza tecnica d'ufficio senza la formulazione solenne prevista nel codice; il carattere semplificato dell'istruttoria è confermato anche dal dettato dell'art. 95, comma 1°, D.P.R. N.396/2000, secondo cui «il tribunale può, senza particolari formalità, assumere informazioni, acquisire documenti e disporre l'audizione dell'ufficiale di stato civile».

lo riguardano»⁵¹: proprio tale ascolto, disposto anche d'ufficio dal giudice, potrà, infatti, offrire elementi utili ai fini della delicata individuazione del nuovo prenome, con cui dovrà essere sostituito quello dell'interessato, sempre in forza di un ordine del tribunale diretto all'ufficiale di stato civile del comune ove è conservato l'atto di nascita (prenome che non necessariamente, come giustamente si evince dalla giurisprudenza in materia, dovrà corrispondere grammaticalmente con quello originario, ovverosia meramente convertito dal maschile al femminile o viceversa)⁵².

Ai fini dell'accoglimento della domanda di rettificazione, non sarà quindi necessario oggi quanto richiesto dal Procuratore generale della Repubblica francese nelle conclusioni precisate in un caso del 1903, ovverosia che una lavandaia faccia uno sforzo violento per infrangere una barriera, sì che soltanto in tal modo può essere rivelato il suo sesso maschile e possa quindi essere soddisfatta la sua aspirazione a diventare un maniscalco⁵³.

In ogni caso, la formulazione delle richieste istruttorie non sarà soggetta a rigide barriere preclusive, e vi potrà essere una deroga al principio dispositivo della prova, ammesso in generale nei procedimenti di volontaria giurisdizione, e qui più che mai indispensabile, essendo in gioco l'interesse al benessere psicofisico di un soggetto minore, sì che il giudice potrà disporre di maggiori facoltà di iniziativa officiosa rispetto alle regole invalse nel giudizio ordinario *ex art. 115 c.p.c.*⁵⁴.

8. Il decreto di rettificazione: contenuto necessario, natura, efficacia

Conviene ora interrogarsi sul contenuto del decreto di rettificazione⁵⁵: al riguardo, va preliminarmente rilevato che in esso vi è:

- a) innanzitutto, l'accertamento di un fatto materiale (il sesso «prevalente» del ricorrente), «riflesso» per ciò che esso è ed è sempre stato;
- b) in secondo luogo, e consequenzialmente, il provvedimento contiene l'ordine all'ufficiale di stato civile di modificare l'atto di nascita erroneo, conservato presso il registro di stato civile⁵⁶.

Alcuni autori francesi, al riguardo, hanno ascrivito tale provvedimento alla categoria delle decisioni di «mero accertamento»⁵⁷: va soggiunto tuttavia che, seppur si tratti di un inquadramento suggestivo e forse ad una prima impressione utile a scopo descrittivo, in quanto idoneo ad evidenziare le differenze

51 Sul tema dell'ascolto del minore, si segnala, *funditus*: F. Danovi, *Il processo di separazione e divorzio*, Milano, 2015, p. 482 ss., il quale ricorda il consolidato orientamento di legittimità secondo cui l'omessa audizione del minore è causa di nullità processuale deducibile *ex art. 161 c.p.c.* (cfr., tra le altre: Corte di cassazione, sentenza del 27 gennaio 2012, n. 1251).

52 Si deve ritenere che la domanda di attribuzione di un nuovo prenome possa essere formulata in ogni momento del processo, attesa l'assenza di barriere preclusive nel procedimento camerale: cfr. A. Carratta, *Processo camerale*, cit., 938, che esclude la non modificabilità della domanda proposta *ex art. 183 c.p.c.*; in giurisprudenza, si veda: Corte di cassazione, sentenza del 24 aprile 2008, n. 10650, in *Famiglia e diritto*, 2008, 772, con nota di F. Tommaseo, *Appello in cause di divorzio, rito camerale e deduzioni probatorie*; Corte di cassazione, sentenza del 25 ottobre 2000, n. 14022, in *Famiglia e diritto*, 2001, 393, con nota di A. Carratta, *Modifica delle condizioni del divorzio e interpretazione «costituzionalmente plausibile» dell'art. 9 legge divorzio*.

53 Cfr. Corte di cassazione, sentenza del 6 aprile 1903, in D.P. 1904. 1. 395,

54 In questo senso, in generale: cfr. Corte di cassazione, sentenza del 8 marzo 1999, n. 1947, in *Giustizia civile Massimata*, 1999, p. 518; Corte di cassazione, sentenza del 25 maggio 1982, n. 3180, in *Giustizia civile*, 1982, I, p. 2663; cfr. anche: Corte di cassazione, sentenza del 16 giugno 2000, n. 8227, in *Famiglia e diritto*, 2001, p. 414, con nota di Falciano, *Reclamo di stato di figlio naturale e poteri ufficiosi nel giudizio di inammissibilità*; in dottrina: L.P. Comoglio, *Difesa e contraddittorio*, cit., p. 738; F. Cipriani, *Procedimento camerale e diritto alla difesa*, in *Rivista di diritto processuale*, 1974, p. 197, che parla di «istruttoria largamente inquisitoria»; E. Redenti, *op. cit.*, p. 350; G. Arieta, *Procedimenti*, cit., p. 457; G.A. Micheli, *Camera di consiglio*, cit., 984, secondo cui non trova applicazione il principio del giudicare *justa alligata et probata*; E.F. Ricci, *Atipicità della prova*, cit., p. 433.

55 Secondo L. Montesano, *Giurisdizione volontaria*, cit., p. 9, in questo procedimento «si accerta costitutivamente» o «si nega (...) il potere – del pubblico ministero o del privato interessato – di obbligare l'ufficiale di stato civile a 'rettificare un atto esistenti nei registri'».

56 Cfr. Branlard, *op. cit.*, 570, secondo cui «une fracutre s'opère dans l'état; c'est la conséquence de la reconnaissance en deux temps des deux sexes au transsexuel. La rectification qui vaut pour l'avenir, ne rétroagit pas à la naissance»; la spiegazione di questa disciplina giace nel fatto che, in assenza di spiegazioni scientifiche certe, la legge italiana e la giurisprudenza francesi presuppongono ancor oggi che la disforia di genere sia una condizione personale che insorge nel tempo e che non sia, invece, innata nell'individuo (così che questa opinione dovrà essere riconsiderata in caso venga provata l'origine prenatale della disforia di genere).

57 *Ex plurimis*: J. Hauser, *État civil et transsexualisme: nature juridique de la décision de changement*, RTD civ. 2008, 78.

tra la rettificazione dell'atto di nascita della persona transessuale (la quale «muta» il proprio sesso con sentenza costitutiva) e la rettificazione di quello della persona intersessuale (la quale invece richiede un accertamento del proprio sesso), esso, in un'ottica di rigore, non risulta condivisibile, e non può in ogni caso essere riprodotto *de plano* in Italia; e infatti, alla luce della eterogeneità di effetti che i provvedimenti di volontaria giurisdizione sono idonei a produrre (l'Andrioli in proposito parlava di «lussureggiante varietà»), non pare possibile applicare ad essi, in generale, la tripartizione dogmatica invalsa per i provvedimenti resi all'esito dei procedimenti di cognizione (di accertamento, di condanna, costitutivi)⁵⁸; essi possono essere semmai classificati in «classi» di provvedimenti che producono effetti similari, e si può quindi affermare che il decreto di rettificazione degli atti di stato civile è tra quelli che attengono alle c.d. «registrazioni», effettuate da un organo amministrativo, sotto la supervisione di un organo giudiziario⁵⁹.

9. Segue: l'inidoneità al giudicato sostanziale e l'efficacia irretroattiva del decreto di rettificazione

Il decreto camerale pronunciato all'esito del procedimento di rettificazione è inidoneo al giudicato sostanziale, e inizia a produrre i suoi effetti, secondo la disciplina comune, dal momento in cui non è più impugnabile, salvo che il giudice ne disponga l'immediata efficacia, «se vi sono ragioni di urgenza», ex art. 741 c.p.c.⁶⁰; esso dovrebbe avere – sempre secondo la dottrina francese ora citata e anche secondo la maggior parte della giurisprudenza italiana – efficacia retroattiva, decorrente dal momento della nascita del soggetto intersessuale⁶¹.

Tale soluzione, tuttavia, non ci pare corretta per più ragioni:

- 1) si fonda su una premessa teorica che come si è visto risulta piuttosto discutibile (quello in base al quale la natura del decreto di rettificazione sarebbe di mero accertamento);
- 2) inoltre, anche laddove si sostenesse che il decreto ha natura di accertamento, ciò non porterebbe ad una meccanica retrodatazione dei suoi effetti, come la dottrina processualistica ha messo in luce, scardinando l'assioma «accertamento-retroattività degli effetti» e «costituzione-non retroattività»⁶²;
- 3) da ultimo, da un punto di vista squisitamente pratico, se gli effetti retroagissero ad un momento così lontano nel tempo come quello della nascita dell'individuo, la certezza dei rapporti giuridici da esso instaurati con i terzi potrebbe esserne pregiudicata: il suo matrimonio sarebbe, se contratto,

58 Cfr. V. Andrioli, *Commento*, cit., p. 463, secondo cui «non sarebbe teoricamente valido e praticamente opportuno prendere a muto la classificazione delle sentenze, normalmente corrente (costitutive; dichiarative; condanna)» attesa la «varietà, davvero lussureggiante, di effetti, che le disposizioni speciali ricollegano ai provvedimenti camerali»; v. però G.A. Micheli, *op. cit.*, p. 991, secondo cui rispetto ai provvedimenti di volontaria giurisdizione «generalmente costituiscono un effetto giuridico nuovo, creando, modificando od estinguendo una situazione giuridica»; E. Redenti, *op. cit.*, p. 350, secondo cui gli effetti del decreto di v.g. hanno direttamente o indirettamente carattere costitutivo.

59 Per questa categorizzazione e per gli ulteriori esempi, si rinvia: E. Fazzalari, *Giurisdizione volontaria*, cit., p. 375.

60 Sull'inidoneità al giudicato sostanziale della decisione di rettificazione degli atti di stato civile: S. Menchini, *Il giudicato civile*, Torino, 2002, p. 18; pur tuttavia, va ricordato che nel vigore dell'art. 455 c.c., il giudizio di rettificazione si faceva «con sentenza del tribunale passata in giudicato», proprio al fine di «conseguire un provvedimento irretrattabile», impugnabile, una volta divenuto definitivo, soltanto con opposizione di terzo (così A. Cerino Panova, *Degli atti dello stato civile*, cit., p. 766); al riguardo, sul punto, v. Finocchiaro, *Rettificazione. Dubbi sulla conclusione per decreto*, in *Guida al diritto*, 2001, 5, p. 116.

61 Ritengono che il provvedimento di rettificazione del sesso e del prenome delle persone intersessuali abbia efficacia retroattiva dal momento della nascita: S. Patti, voce *Transessualismo*, cit., p. 423; S. Patti Will, *op. cit.*, p. 36; P. Stanzione, *op. cit.*, 885; P.M. Vecchi, *op. cit.*, p. 4; in giurisprudenza, tra le altre: Tribunale di Pisa, sentenza del 20 gennaio 1984, in *Foro italiano*, 1984, II, p. 1982 e in *Giustizia civile*, 1985, I, p. 2066; la regola è invalsa anche nel diritto musulmano, ove, come si è visto (cfr. nota 3) uomini e donne ereditano in quantità differenti: ad esempio, si ritiene che se il sesso dell'ermafrodita si «precisi» successivamente ad un momento in cui è già stato fatto il riparto di un'eredità, tale riparto dovrà essere annullato e si dovrà ripetere dall'inizio in maniera conforme al «nuovo» sesso prevalente (cfr. Millot et Blanc, *Introduction*, cit., 513, n° 699).

62 Una critica alla tesi tradizionale è già stata esposta da L. Ferri, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova 1970, 171 e voce *Costitutiva (azione)*, in *Enciclopedia giuridica*, X, Roma, 1988, p. 5, che ha messo in luce come le norme del codice di rito «non enunciano alcun principio generale di anticipazione degli effetti della sentenza di mero accertamento ad un momento anteriore al suo passaggio in giudicato, né stabiliscono una regola diversa per le sentenze costitutive», sicché sia l'effetto dichiarativo che quello costitutivo «non operano, in via di principio, prima e indipendentemente dal passaggio in giudicato formale della sentenza e manca ogni fondamento normativo per riportare l'effetto sostanziale, oggetto della pronuncia, ad un momento anteriore, mentre un effetto di questo tipo può scaturire unicamente dalla disciplina sostanziale della fattispecie accertata», ex art. 324 c.p.c.; del medesimo avviso: E. Ricci, *op. cit.*, 22; G. Pavanini, *op. cit.*, 123.

nullo *in radice*; il legato, eventualmente ricevuto per testamento in quanto figlio maschio o figlio femmina, andrebbe restituito ai fratelli o sorelle, se esistenti; il premio ricevuto in una competizione sportiva in quanto maschio, andrebbe restituito⁶³; proprio per evitare questi potenziali cortocircuiti, numerose leggi di ordinamenti giuridici stranieri in materia di rettificazione del sesso prevedono, in linea generale, una decorrenza degli effetti a partire dalla trascrizione del provvedimento nello stato civile⁶⁴; e questa sembra dover essere la strada da seguire anche nel nostro caso, in presenza di soggetto intersessuale.

Di conseguenza, si deve far decorrere l'efficacia del decreto dal momento dell'annotazione del dispositivo nell'atto di nascita, potendosi applicare, in via analogica, il regime di pubblicità delle sentenze invalso nei casi separazione e cessazione degli effetti civili del matrimonio, i cui effetti decorrono, nei confronti della collettività, dal momento dell'annotazione (*rectius*: trascrizione) della sentenza a margine dell'atto di matrimonio e, per quel che riguarda il divorzio, di quello di nascita⁶⁵.

10. Casi di applicabilità del procedimento amministrativo di correzione degli atti di stato civile ex art. 98 D.P.R. n. 396/2000

È forse ora possibile circoscrivere altresì il campo d'applicazione del procedimento, avente natura amministrativa, di cui all'art. 98 D.P.R. n. 396/2000, rubricato «correzioni», in base al quale «l'ufficiale dello stato civile, d'ufficio o su istanza di chiunque ne abbia interesse, corregge gli errori materiali di scrittura in cui egli sia incorso nella redazione degli atti»⁽⁶⁶⁾: tale procedura sarà possibile, come risulta chiaramente in base al tenore letterale della norma, soltanto laddove si versi in ipotesi del tutto estranee rispetto a quelle di cui si è trattato sinora (transessualismo ed intersessualismo), ovverosia laddove vi sia stata una «svista» palese da parte di chi ha redatto o trascritto l'atto di nascita, in presenza di un sesso certo e determinato; si pensi al caso, emblematico, in cui sia stato trascritto un atto di nascita formato all'estero, in cui fosse indicato un prenome ambiguo, erroneamente tradotto o interpretato dall'ufficiale di stato civile; si pensi poi all'errore materiale potenzialmente cagionato dalla dichiarazione del denunciante di un nome neutro, come Celeste, Andrea, Elia, o di un nome straniero. Si tratta di fattispecie che, per quanto rare, possono verificarsi, come testimonia la casistica edita nella letteratura francese, e per le quali sarà quindi possibile ricorrere al più agevole strumento della correzione, senza un inutile aggravio per la giurisdizione ordinaria.

Queste ipotesi di errore «grossolano, evidente, manifesto», in cui vi è assenza di stato transessuale o intersessuale, sono ben enucleate anche in alcuni casi giurisprudenziali affrontati in Francia⁶⁷: si pensi all'evidente «errore volontario», ai limiti della frode, verificatosi tra il 1806 e il 1816 nel comune di Fontaine, dove era stato dichiarato il sesso di ventuno individui (femminile anziché maschile) con

63 Proprio per questo è stato espressamente previsto che la sentenza di rettificazione del sesso della persona transessuale non abbia effetto retroattivo, ex art. 4 art. L. n.164/1982, e lo stesso peraltro è prescritto dalla legge spagnola (art. 5 LEY 3/2007), a norma della quale gli effetti si producono dall'iscrizione della sentenza nel registro di stato civile.

64 Si vedano, tra le tante, la legge irlandese (Gender recognition bill, 2014, art. 17.1), quella argentina (Ley n. 26.743 de identidad de género, Mayo 9 de 2012, art. 7), quella belga (art. 62 bis code civil, § 4), quella maltese (Gender Expression and Sex Characteristics Act, 2015, art. 6), quella spagnola (Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, art. 5).

65 Così come disposto dagli artt. 69 lett. d), D.P.R. N.396/2000 e gli artt. 5, comma 1°, e 10, comma 1°, L. div.; al riguardo, sul tema, si rinvia a F. Danovi, *Il processo di separazione e divorzio*, cit., p. 556 ss.

66 Su cui si veda, tra gli altri: V. Mariconda, *Differenza tra la «correzione» per errore materiale di scrittura e la «rettificazione» secondo il nuovo Ordinamento dello stato civile*, in *Stato civile italiano*, 2001, p. 505; O. Vercelli, «Correzione» degli atti di stato civile ex artt. 98 e seg. del D.P.R. n.396/2000: aspetti procedurali e rilievi critici, in *Stato civile italiano* 2002, 646; Id., *La procedura di correzione degli atti di stato civile: le norme del D.P.R. n.396/2000 e dell'art. 737 e ss. del codice di procedura civile a confronto. Osservazioni.*, in *Stato civile italiano*, 2005, p. 727; S. Arena, *Osservazioni riguardanti la «correzione» degli atti dello stato civile anche alla luce di un notevole apporto chiarificatore da parte della giurisprudenza*, in *Stato civile italiano*, 2004, p. 485; Id., *Qualche chiarimento in materia di rettificazioni e di correzioni degli atti di stato civile*, in *Stato civile italiano*, 2003, 5; Id., *Correzione da parte dell'ufficiale dello stato civile e rettificazione giudiziale: quando l'una e quando l'altra*, in *Stato civile italiano*, 2007, p. 405; A. Coscia, *Le problematiche degli artt. 95 e 98 del D.P.R. n. 396/2000 oscillanti tra rettificazioni e correzioni degli atti di stato civile*, in *Stato civile italiano*, 2006, p. 899.

67 In Francia tuttavia non vi era né tutt'oggi vi è un procedimento amministrativo equiparabile al nostro art. 98 D.P.R. n. 396/2000.

l'intenzione di sottrarre questi soggetti alla legge di reclutamento, sì che in questi casi fu il Procuratore della Repubblica a promuovere il giudizio di rettificazione⁶⁸.

11. Rilievi *de jure condendo*

Nel presente saggio abbiamo tentato di dimostrare come, su un piano teorico, si debba ritenere applicabile il procedimento disciplinato dall'art. 95 D.P.R. n. 396/2000 alla domanda giudiziale della persona intersessuale volta ad ottenere una modificazione del prenome e del sesso indicati nel suo atto di nascita.

Pur tuttavia, non ci sembra inutile, in questa sede, auspicare un intervento del legislatore italiano volto a regolamentare l'intera *congerie* di interrogativi, per il vero piuttosto spinosi, che, ad oggi, la condizione intersessuale solleva in ambito giuridico: si pensi alla possibilità – già prevista, sia pur con sfumature piuttosto diverse, in alcuni ordinamenti giuridici stranieri⁶⁹ – di indicare, in via provvisoria o finanche permanente, nell'atto di nascita, un «terzo sesso» o un sesso «indeterminato», in armonia con il sesso biologico del neonato intersessuale e, in alcuni casi, con l'identità di genere che esso svilupperà, talvolta non riconducibile – così come peraltro non lo è il «soma» – né a quella maschile né a quella femminile; si pensi poi agli interrogativi che una scelta legislativa simile solleva in ordinamenti giuridici, come quello italiano, caratterizzati da un evidente e ineludibile binarismo sessuale (che emerge in molti ambiti del diritto: tra i tanti, si pensi a quello previdenziale, a quello sportivo, a quello penitenziario). Vi è poi, tra gli altri, il delicatissimo problema della liceità – e delle conseguenze in ambito civile e penale – degli interventi chirurgici cosmetici eseguiti sui neonati intersessuali, volti a ricondurne, sin dai primi mesi di vita, l'aspetto anatomico al sesso maschile o a quello femminile, interventi le cui conseguenze irreparabili – si pensi ad una riconduzione chirurgica verso un sesso «sbagliato», poiché disallineato con l'identità di genere che il neonato svilupperà in età puberale – e il cui abuso ingiustificato, spesso dovuto al mero timore di una stigmatizzazione sociale, sono stati di recente duramente censurati dall'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa⁷⁰. Vi è poi l'interrogativo relativo alla validità del matrimonio contratto da un soggetto intersessuale, già da molto tempo, per il vero, oggetto di vivace disputa tra i giuristi del diritto canonico⁷¹. Si tratta di profili problematici che qui, naturalmente, possono essere soltanto menzionati, e che pur tuttavia sono sempre più oggetto di attenzione, come si è visto, delle Corti, dei Parlamenti e della dottrina giuridica straniera⁷².

Per quel che qui più rileva, in ogni caso, è doveroso auspicare, *de jure condendo*, una riforma in senso acceleratorio del procedimento di modifica dell'atto di nascita per la persona intersessuale, in particolare nel caso in cui l'interessato sia un soggetto maggiore di età.

In questi casi la competenza a correggere l'atto potrebbe essere attribuita, noi riteniamo, direttamente all'Ufficiale di stato civile, al pari di quanto avviene oggi, come si è visto, nelle ipotesi di errore materiale dell'atto *ex art.* 98 D.P.R. 396/2000 (ove viene sempre fatto salvo il controllo *ex post* da parte del Pubblico ministero), o, su altro versante, nelle ipotesi di separazione e cessazione degli effetti civili del matrimonio, *ex art.* 12, l. 162/2014, con il quale il ruolo del Sindaco ha assunto importanza crescente al punto tale da scardinare il «dogma» del monopolio giurisdizionale rispetto alle sentenze costitutive sugli *status* giuridici⁷³; ciò potrebbe avvenire, dunque, anche in questo caso, mediante la presentazione

68 T. Poitiers, 9 mai 1843, S. 1846-2-462 e, per un altro esempio simile, Corte di cassazione, sentenza del 6 avril 1903, D. 1904.I-396; il caso è studiato da J.-P. Branlard, *op. cit.*, n° 1793, 555

69 Tra cui quello tedesco, a seguito dell'approvazione, in data 7 maggio 2013, da parte del parlamento federale, della legge rubricata «Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz – PStRÄndG)»; quello francese, come si è visto al § 4, spec. nota 28, anche seguito della sentenza TGI Tours, 20 Août 2015, cit., 2295; quello australiano, a seguito della sentenza della High Court of Australia *NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v Norrie* [2014] HCA 11 (2 April 2014); per tutti i rimandi alla dottrina comparatista, cfr. nota 2.

70 Cfr.: Resolution 1952 (2013), ove si legge che l'Assemblea Parlamentare “is particularly worried about a category of violation of the physical integrity of children, which supporters of the procedures tend to present as beneficial to the children themselves despite clear evidence to the contrary. This includes, among others... early childhood medical interventions in the case of intersex children”; v. anche, del pari: Recommendation 2023 (2013); entrambi gli atti sono pubblicati in *Famiglia e diritto* 2014, 2, 171, con commento di Falletti, *Diritto dei bambini all'integrità fisica*.

71 Si veda, per tutti: A. Di Tullio, voce *Ermafroditismo*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. n. VI, Torino 1960, p. 659.

72 Cfr. nota 2.

73 E infatti, gli effetti della separazione e del divorzio sono oggi ottenibili anche in assenza di sentenza costitutiva, previo accordo tra i coniugi presentato direttamente all'Ufficiale di Stato civile, il quale è peraltro tenuto ad assolvere alcuni controlli di

di un'istanza *ad hoc*, necessariamente corredata dalla produzione di un'idonea e completa documentazione clinica, in modo tale che i costi, e i tempi, dell'attuale procedimento giurisdizionale vengano del tutto eliminati.

rilievo, non solo formali (al riguardo, si v. F. Danovi, *op. cit.*, p. 897).

Interventi

Gianfrancesco Zanetti*

La “regola del gusto” nel dibattito LGBT

Sommario

1. *Underworld* - 2. L’obiezione del cannibale - 3. L’argomento della tradizione

Abstract

La Gola e la Lussuria sono due peccati capitali che condividono una tendenza verso i piaceri della carne. Alcuni settori del dibattito contemporaneo sui diritti LGBT sembrano influenzati da questa analogia, sia che si cerchi di assimilare l’omosessualità a un comportamento inaccettabile di per se stesso, come sarebbe il cannibalismo, sia quando la si cerchi di porre sullo stesso piano di un “gusto come gli altri”, una variante di minoranza. Questo contributo mette fuoco questa analogia (prendendo in considerazione anche l’argomento del “disgusto” e quello della “tradizione”), per gettare luce su alcuni aspetti di tale dibattito.

Gluttony and Lust are two glamorous “deadly sins”, that seem to share a desire for pleasure of some kind. Some sections of the contemporary debate on LGBT rights seem to feed on this analogy: sometimes in order to claim that homosexuality is something per se wrong, the way we could deem cannibalism as inherently wrong, sometimes to describe sexual orientation as just an other innocent minority taste. This paper scrutinizes these analogies (that include the notion of disgust, and that of tradition), in order to shed light, from a liberal point of view, on some underpinning assumptions of such a debate.

1. *Underworld*

Obiettivo del presente lavoro è soltanto quello di gettare un fascio di luce su *alcuni* aspetti, non sempre immediatamente visibili, del dibattito americano sui diritti LGBT. L’idea è che una caratteristica continguità normativa relativa ad alcuni comportamenti legati alla sfera dell’eros e ad alcuni comportamenti legati alla sfera del gusto - i due peccati capitali della lussuria e della gola - possa aiutare a comprendere meglio alcuni aspetti di questo dibattito¹.

Dei cinque sensi, il gusto è l’unico direttamente collegato a un peccato capitale, il peccato di Ciacco, la «dannosa colpa de la gola»².

Non ci si dannava l’anima per un amore esagerato per Mozart o Beethoven, non si cade da uno stato di grazia per amore di Velasquez o di Tiziano, non si pecca mortalmente per amore di suoni, colori, o profumi aromatici (ancorché possano essere vettori d’illecite passioni). Ma si pecca di gola, e l’amore

* Ordinario di Filosofia del diritto, Università di Modena e Reggio Emilia.

1 Questo contributo è una versione abbreviata e un poco modificata del quarto capitolo di un testo, di prossima pubblicazione, su *I cinque sensi come figure della vulnerabilità situata*. Si tratta, naturalmente, del capitolo dedicato al gusto. Ringrazio Baldassare Pastore e Paolo Veronesi per aver letto una stesura di questo testo e per avermene proposto la pubblicazione su GenIUS.

2 Dante, *Inferno*, VI, 50.

eccessivo per il cibo ha sempre rappresentato una modalità anche troppo classica di mancanza di moderazione, di incontinenza, di brama smodata e quasi bestiale per una forma di piacere.

Non c'è dubbio che parte della retorica classica sulla gola debba essere collegata con la disapprovazione morale per il lusso: l'abbondanza quantitativa e l'eccellenza qualitativa dei piaceri della tavola dovevano risultare tanto più insopportabili in un contesto di povertà diffusa, quando la fame era un'esperienza anche troppo familiare per uomini abituati ad una non liberamente scelta frugalità.

Il piacere del cibo, poi, è condiviso dagli animali non umani, e si presta quindi a graficamente illustrare il degrado bestiale dell'uomo, la resa ad istinti atavici e animaleschi, il riemergere degli elementi primitivi più brutali, che l'ascesi degli individui più spirituali e la civiltà delle formazioni sociali cercano di superare e contrastare.

Ecco l'ambiguità della gola, perché da un lato ha a che fare con la vorace disposizione a divorar sbranando, a un eccesso quantitativo, al pasto degli orchi, ma dall'altro ammette anche una declinazione qualitativa di eccessi di raffinatezza, di troppo acuta ricerca del piacere, di stimolazione troppo articolata delle papille – nessuna bestia è un raffinato *gourmet*, e ci vuole un *sommelier* per riconoscerne un altro.

Del peccato della gola, in ogni caso, si è in parte persa la consapevolezza del lato oscuro³: non riesco a immaginare un confessore imporre una penitenza per via del troppo amore per il controverso *foie gras*. Abbiamo ristoranti raffinatissimi, dove vengono serviti piatti elaborati al limite dell'assurdità per prezzi iperbolici e insensati, con la fastidiosa aggressività di un saccente *Master Chef*, e abbiamo micidiali pranzi di matrimonio che non finiscono mai, a volte semplici ma devastanti affermazioni di ricchezza e di potere, e nessuno se ne scandalizza troppo. I predicatori preferiscono in genere scagliarsi contro altri vizi, e naturalmente soprattutto contro la lussuria.

Questo non avviene per caso. I due vizi sono spesso collegati. Don Giovanni ama, in primo luogo, le donne, ma non disdegna i piaceri della buona tavola: «Viva le femmine, Viva il buon vino! Sostegno e gloria di umanità»⁴. I piaceri dei Sibariti, alla fine, sono sempre quei due lì, e quando Wilde introduce Lord Harry come un *dandy* che chiede «qualcosa con delle fragole»⁵, già sappiamo che non è un soggetto che vorremmo frequentasse nostra sorella, perché insomma c'è un tipo d'uomo che, non importa se aristocratico o villano, segue la massima *a tavola e a letto nessun rispetto*⁶.

Lussuria e gola sono, infatti, accomunati da una curiosa caratteristica: sono peccati «caldi». Muovono da quelle parti basse della psiche dove arde e ribolle il desiderio, l'*epithymetikon* platonico, ovvero l'elemento concupiscibile, il mostro policefalo descritto nella *Repubblica*. Anche l'ira è, intuitivamente, un peccato «caldo», ma collegato all'elemento animoso dello *thymoeides*⁷. Non tutti i peccati capitali hanno però questa caratteristica: l'invidia, l'accidia, l'avarizia, sono peccati «freddi». Non c'è fuoco nell'avarico, non c'è ardore nell'accidioso, non c'è nulla che scaldi o bruci nell'invidia⁸.

Della lussuria e della gola si può dare infatti, e molto spesso si dà, una rappresentazione *glamorous*. Si ama narrare, in un tono appropriatamente *self-deprecating*, di occasionali stravizi o di perdita di controllo in tema di peccati caldi - racconti di divertenti avventure erotiche, o di epiche mangiate (la bibliografia, qui, sarebbe poco maneggevole). Perfino l'ira e la rabbia che fanno perdere il lume degli occhi possono avere un *appeal* shakespeariano, e (come ben sapeva Plutarco⁹) possono aumentare la forza e la determinazione. Ma non si parla altrettanto volentieri della propria invidia, della propria avarizia, della propria accidia.

Il lussurioso, l'iracondo, come il goloso, hanno inoltre, in genere, accessi di vizio, crisi di auto-controllo. Talora, diciamo con la luna piena (o molto spesso, se incorreggibili e incancreniti nel vizio),

3 Probabilmente sarebbe appropriato distinguere una trattazione del peccato in termini di relazione con Dio dalla trattazione del peccato in termini di teologia morale e/o delle virtù, *periculosae plenum opus aleae*: qui incontro uno dei tanti limiti posti dalle mie limitate competenze.

4 Lorenzo Da Ponte, *Don Giovanni*, atto II, scena XVIII.

5 Oscar Wilde, *The picture of Dorian Gray*, Chapter 2: «Basil, let us have something iced to drink, something with strawberries in it».

6 Riccardo Schwamenthal, Michele L. Straniero, *Dizionario dei Proverbi Italiani e Dialettali*, Milano, Rizzoli (Dizionari BUR), 1991, n. 177. Gli autori notano otto gustose varianti dialettali di questo proverbio.

7 Sull'ira non si può non citare Remo Bodei, *Ira. La passione furente*, Bologna, il Mulino, 2011, nella collana sui vizi capitali diretta da Carlo Galli. Nella stessa collana, peraltro, Giulio Giorello, *Lussuria. La passione della conoscenza*, Bologna, Il Mulino, 2010.

8 Per l'antropologia platonica che include un elemento concupiscibile, uno animoso, e uno razionale, cfr. *Resp.* 439 a-441 c; cfr. Platone, *Opere*, vol. II, Bari, Laterza, 1967, pp. 262-65. Sull'argomento, cfr. anche Eric Voegelin, *Plato*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1957; trad. it.: *Ordine e storia. La filosofia politica di Platone*, Bologna, Il Mulino, 1986.

9 Plutarco, *Amat.* 758F. Cfr. Plutarco, *Sull'amore*, a cura di Dario Del Corno, Milano, Adelphi, 1986, p. 70. Cfr. anche, ivi, la nota 139 a p. 135.

hanno un attacco di licanthropia, e diventano feroci e pericolosi lupi mannari. Quando il *werewolf* è sazio, tuttavia, il pelo sulle orecchie scompare con le fauci, ed egli diventa un buon compagno. L'avarico, l'accidioso, e più di tutti l'invidioso, sono più simili a vampiri (e in genere detestano il vitalismo e l'energia dei licanthropi): non cessano mai di nutrirsi delle altrui forze vitali, talvolta in modo sottile e insidioso, risentiti e flebili ma, a loro modo, astuti. Se la frequentazione di una persona altrimenti interessante ci lascia stanchi, privi di fiducia in noi stessi, senza gioia di vivere, significa che siamo entrati in contatto con un vampiro, e forse è meglio lasciar perdere¹⁰.

Lussuria e gola sono, dunque, affini: anche nella tradizione ebraico-cristiana, per via della distinzione tra vizi carnali e vizi spirituali in autori come Cassiano e Gregorio Magno¹¹:

Carnali sono quei vizi che hanno a che fare con i sensi e con l'ardore della carne, vizi nei quali «il corpo si appaga e si diletta a tal punto da trascinare l'anima a consentire ai suoi appetiti». Sono peccati che non possono essere consumati senza il supporto della carne e che dunque trovano il loro rimedio eminentemente nella repressione del corpo (*castigatio corporalis*). Si tratta di gola (*gastrimargia*) e lussuria (*fornicatio*), peccati carnali [...]¹².

Lussuria e gola sono peccati caldi – ma il gusto è l'unico senso che non si può applicare agli umani per via del tabù fondamentale del cannibalismo. Possiamo guardare altri esseri umani (con affetto o con insolenza), possiamo ascoltarli (per aiutarli, ma anche di nascosto, con malizia impicciona), possiamo toccarli (in modo talvolta generoso e intelligente, e talvolta inappropriato) e odorarli (per amore erotico, ma in certi casi ostentatamente, per creare imbarazzo), ma non possiamo *gustarli* senza infrangere una norma radicata. Non c'è il modo giusto di gustare, mangiandolo, un essere umano, anche se alcune situazioni estreme possono legittimare la pratica.

La lussuria è, per così dire, un senso vicario rivolto agli esseri umani, è una modalità particolarmente intensa colla quale possiamo esperire, consensualmente, il nostro prossimo – mentre uccidere e violare significa privarci di quell'esperienza, reificando completamente l'altro.

Questo può contribuire a spiegare come mai il dibattito sull'orientamento sessuale negli Stati Uniti abbia usato a volte il cibo come esempio e come metafora: i gay e le lesbiche sembrano agli studiosi conservatori incarnare la lussuria, ovvero un peccato, un comportamento non meritevole di riconoscimento «politico» e di tutela giuridica – un elemento eccessivo, a volte vorace e predatorio, a volte insaziabilmente decadente nella sua (pseudo)raffinatezza un po' alla Hannibal Lecter¹³, capace di costituire un pericolo sia per chi vi si abbandona sia per la società che lo tollera o addirittura lo incoraggia.

2. L'obiezione del cannibale

Il Giudice della Corte Suprema Americana Antonin Scalia, amante della caccia e della buona cucina, è stato sostituito, dopo la sua morte, da un giudice nominato dal Presidente Trump, Neil Gorsuch. Gli attivisti LGBT hanno subito espresso timori, per via della fama di feroce conservatore del nuovo membro della Corte; i più colti hanno ricordato la sua tesi di dottorato, che fu seguita da John Mitchell Finnis¹⁴. Questi è l'uomo chiave della NNLT, *New Natural Law Theory*, la nuova dottrina del diritto naturale, che ha avuto negli Stati Uniti un importante alfiere nell'arciconservatore Robert P. George.

10 Questo spiega il titolo di questo paragrafo: cfr. *Underworld*, diretto da Len Wiseman, 2003, con Kate Beckinsale, Scott Peedman, Michael Sheen.

11 Cioè gli autori ai quali fa riferimento il *Catechismo della Chiesa Cattolica* (promulgato da Giovanni Paolo II, 1992 ott. 11, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1992) quando si citano i Sette Peccati Capitali al § 1866.

12 La distinzione è tuttavia quasi scomparsa nella letteratura scolastica. Sto seguendo qui pedissequamente: Silvana Vecchio, *Vizi «carnali» e vizi «spirituali»: il peccato tra anima e corpo, Etica & Politica / Ethics & Politics*, 2002, 2; http://www.units.it/dipfilo/etic_e_politica/2002_2/indexvecchio.html (consultato il 13.08.17). Cfr. comunque: Carla Casagrande e Silvana Vecchio, *I sette vizi capitali. Storia dei peccati nel Medioevo*. Torino, Einaudi, 2000.

13 I cannibali letterari e cinematografici tendono a dividersi in due categorie: quelli brutali e orrendamente bestiali, del tipo *The Hills Have Eyes* (*Le colline hanno gli occhi*), 1977, diretto da Wes Craven, con Susan Lanier e Robert Houston (c'è un remake del 2006 diretto da Alexandre Aja), e quelli raffinati e pervertiti, amanti delle variazioni Goldberg interpretate da Glenn Gould e cose del genere, come appunto il dottor Lecter di Thomas Harris, reso celebre dall'interpretazione di Anthony Hopkins in *The Silence of the Lambs* (*Il silenzio degli innocenti*), 1991, diretto da Jonathan Demme, con Jodie Foster e Anthony Hopkins.

14 Sulla filosofia di Finnis, sia consentito rinviare a Gianfrancesco Zanetti, *John M. Finnis e la nuova dottrina del diritto naturale*, in Gf. Zanetti (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 1999, pp. 33-62.

George, che ha insegnato a lungo a Princeton, è fra i fondatori di NOM, la National Organization for Marriage, che ha duramente combattuto l'affermarsi dell'eguaglianza matrimoniale negli Stati Uniti, talvolta con notevoli risultati, e che sembra tuttavia avere un po' perso d'importanza dopo *Obergefell*, la *landmark opinion* che ha di fatto realizzato il matrimonio egualitario su tutto il territorio americano¹⁵. Questi pensatori conservatori si identificano come giusnaturalisti: riconoscono l'esistenza e il ruolo fondamentale del diritto naturale.

Ora, da un punto di vista teorico, il giusnaturalismo, in generale, sembra correre il rischio di infrangere la cosiddetta legge di Hume, che vieta il passaggio dall'essere al dover essere: da enunciati descrittivi non si possono trarre enunciati validamente prescrittivi. Finnis aggira abilmente la legge di Hume con un celebre argomento – ci sono aspetti fondamentali della fioritura umana che vengono concepiti fin dal principio come dotati di valore, negare il quale significherebbe contraddirsi. La verità, per esempio, non è solo un concetto descrittivo di connettivi logici, ma è anche un «valore», qualcosa del quale si riconosce l'importanza: se lo negassi, rivendicherei per tale negazione un importante valore di verità, che quindi affermerei in quanto tale (producendo la contraddizione). Altri aspetti fondamentali del bene umano sono per esempio la vita, l'amicizia, e così via¹⁶.

Questa concezione permette di sostenere che non è mai consentito un qualsiasi atto direttamente e intenzionalmente aggressivo verso uno degli aspetti fondamentali del bene umano. Tale divieto è assoluto e non ha eccezioni.

Ci sono per Finnis norme che sono valide sempre (*semper*), ma non in tutte le circostanze. Ci sono però anche norme che sono valide sempre e in tutte le circostanze (*semper et ad semper*).

Per esempio, la norma che obbliga una madre a nutrire i suoi figli è valida sempre – la madre non cessa mai di essere obbligata. Ma non è valida *sempre e comunque*, cioè in tutte le possibili circostanze: se l'unico cibo a disposizione della madre fossero le carni di altri bambini ancora vivi, la madre non può usare i loro corpi come cibo per i suoi piccoli (l'esempio è di Finnis)¹⁷. Le norme valide *semper* e *ad semper* sono dunque, per forza, norme negative e universali: divieti. Si tratta dei cosiddetti *assoluti morali*, proibizioni di atti *intrinsece* malvagi.

La filosofia del diritto che ha tentato di argomentare contro i diritti delle persone gay e lesbiche ha dunque tentato di attirare i comportamenti omosessuali nella sfera di ciò che è per forza, sempre, in tutte le circostanze, da disapprovare, collegando il divieto a un'antropologia, cioè a una data concezione della natura umana che comporta conseguenze normative. Ha cercato, se posso usare una metafora cruda, di assimilare i gay ai cannibali, e di concettualizzare l'omosessualità come un estremo degenerato della lussuria (capace di aprire la porta a orrori anche più gravi)¹⁸, proprio come il cannibalismo potrebbe essere considerato, per così dire, l'apice assolutamente degenerato della gola¹⁹. L'operazione è stata possibile per via dell'affinità fra i due più piacevoli peccati *caldi*, fra i due *werewolf sins*, i peccati dei selvaggi, come si evince dall'*Epitaffio* per l'Imperatore Carlo V, scritto da Francisco Cervantes Salazar, che loda «Cesare Augusto», cioè l'Imperatore, per aver estirpato dal Messico *praeposteram Venerem, carnis humanae esum* – l'omosessualità e il cannibalismo, appunto²⁰.

I pensatori *liberals*, tipicamente, hanno invece usato l'analogia fra lussuria e gola per attirare i comportamenti omosessuali nella sfera del moralmente *valuable*, al pari appunto della buona tavola. Quest'ultima non sembra disdegnata da alcuni conservatori assai tradizionalisti, che spesso criticano - e per una volta nella vita sono d'accordo con loro - solo la *nouvelle cousine* e altre plateali infamie *contra legem naturae*. Essi (i conservatori) affermano che ci si può alimentare, senza infrangere la legge naturale,

15 *Obergefell v. Hodges*, 576 US, 2015. Su NOM e sulle vicende del matrimonio egualitario negli Stati Uniti: Gianfrancesco Zanetti, *Orientamento sessuale. Cinque domande fra diritto e filosofia*, Bologna, Il Mulino, 2015, cap. III: *Egual/disequale*.

16 Dispiace sempre semplificare il pensiero di un testo profondo. Cfr. comunque John Mitchell Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, UK, Clarendon, 1980; trad. it.: *Legge naturale e diritti naturali*, a cura di Francesco Viola, trad. it di Fulvio di Blasi, Torino, Giappichelli, 1996.

17 Cfr. John Mitchell Finis, *Moral Absolutes, Tradition, Revision, and Truth*, Washington, DC, The Catholic University of America Press, 1991; trad. it.: *Gli assoluti morali. Tradizione, revisione & verità*, Milano, Ares, 1993.

18 John Mitchell Finnis sostiene ad esempio che coloro che difendono il sesso gay "have no principled moral case" contro l'ottenimento di "orgasmic sexual pleasure in whatever friendly touch or welcoming orifice (human or otherwise) one may opportunely find it". Cfr. John M. Finnis, *Law, Morality, and Sexual Orientation*, in John Corvino (ed.), *Same Sex: Debating the Ethics, Science, and Culture of Homosexuality*, Lanham, MD, Rowman & Littlefield, 1997., pp. 31-43: 34.

19 Sull'accostamento fra omosessualità e cannibalismo, per esempio in Melville, cfr. Caleb Crain, *Lovers of Human Flesh: Homosexuality and Cannibalism in Melville's Novels*, *American Literature* 66: 1 (March 1994), pp. 25-53.

20 Ho rinvenuto questa citazione dal *Tumulo imperial de la gran ciudad de Mexico* in George Antony Tomas, *The Politics and Poetics of Sor Juana Ines de la Cruz*, London, UK and New York, NY, Routledge, 2012, p. 41.

anche solo per gusto, a meno che l'azione in atto non sia deliberatamente autodistruttiva, come sarebbe il bere solo per ubriacarsi (o come sarebbe, immagino, l'imitare i protagonisti di un film di Marco Ferreri²¹).

I filosofi conservatori George e Bradley consentono insomma, generosamente, che sia possibile mangiare per puro piacere, senza che con questo venga realizzato un esecrando atto di «disintegrazione del sé», pericolo che ovviamente (per loro) è sempre comportato da un rapporto omosessuale. Essi, con una specie di concessione al permissivismo, affermano che «il piacere di mangiare è inserito all'interno di progetti più ampi e proficui [...] non rende tali atti disintegrativi»²².

Stephen Macedo, in un dibattito giustamente celebre, si attacca esattamente a questo punto per mostrare come anche un comportamento omosessuale possa realizzare dei beni²³ - l'amicizia affettuosa fra due persone che si amano, il dono della reciproca sicurezza e assistenza, il calore dell'intimità che allontana la paura della solitudine - e che va quindi attirata, da un punto di vista categoriale e normativo, entro il *valuable*, il dotato di valore, *ergo* entro il (potenzialmente) meritevole di tutela (anche giuridica)²⁴.

Una soluzione di questo genere non ha, prevedibilmente, convinto chi si oppone al riconoscimento dei pieni diritti di cittadinanza alle persone LGBT; questi conservatori si sono dunque dovuti impegnare nel difficile compito di dimostrare come mai sulla gola si possa transigere ma sulla lussuria no - non su quella lussuria, in particolare.

In generale l'argomento da essi proposto tende ad avvitarci sulla non-generatività delle coppie dello stesso sesso, ma non mancano posizioni più radicali, che paragonano l'omosessualità all'alcolismo²⁵, o che affermano con coerenza ammirevole e un po' folle che anche mangiare un cono gelato per strada significa una perdita di dignità di qualche tipo - immagino una capitolazione all'istinto del vorace, un'emersione anche minima del licanthropo, del *loup garou* bramoso di pistacchio e vaniglia²⁶.

Chi ha sostenuto quest'ultima posizione, ostile al gelato mentre si passeggia, è stato Leon Kass, Presidente del Comitato Nazionale di Bioetica del Presidente W. Bush. Kass è noto per aver sostenuto la *saggezza della repugnanza*, ovvero il ruolo normativo riconosciuto allo *yuk factor*, il fattore «schifo». Il raccapriccio è una guida affidabile, egli ritiene, e *shallow are the souls that have forgotten how to shudder*, «poco profonde sono le anime che hanno scordato come si rabbrivisce».

Quello che genera nausea, che rivolta lo stomaco, che insomma al pensiero fa quasi vomitare, è molto probabilmente sbagliato. L'argomento in quel contesto era la clonazione umana, per la quale si dovrebbe provare una naturale ripugnanza, ma si capisce bene da che parte spiri il vento: vengono, infatti, citati anche il cannibalismo (questo estremo degenerato della gola, da film di Conan²⁷) e l'incesto (lussuria forse ancor peggiore dell'omosessualità). Certuni sostengono, o sinceramente o per virilmente

21 *La grande bouffe*, diretto da Marco Ferreri, 1973, con Philippe Noiret, Marcello Mastroianni, Ugo Tognazzi, Michel Piccoli. Il film fu paragonato a *Salò o le 120 giornate di Sodoma* di Pierpaolo Pasolini (che peraltro recensì il film di Ferreri su *Cinema Nuovo*) da Alberto Scandola (*Marco Ferreri*, Milano, Il Castoro Cinema, 2004, p. 100).

22 Robert P. George, Gerard V. Bradley, *Marriage and the Liberal Imagination*, *Georgetown Law Journal*, 1995, 84, pp. 301-320, p. 317.

23 Stephen Macedo, *Reply to Critics*, *Georgetown Law Journal*, 1995, 84, pp. 319-335. Il contributo chiave di Macedo è Stephen Macedo, *Homosexuality and the Conservative Mind*, *Georgetown Law Journal*, 1995, 84, pp. 261-300.

24 Nessuna di queste posizioni risulta trasparente e aporetica. Federico Pedrini si chiede, in un commento a questo testo, se i «beni» in questione siano semplici interessi soggettivi (o magari «della coppia»), o qualcosa che implica anche una valutazione di carattere «oggettivo».

25 Cfr. Christopher Wolfe, *Homosexuality in American Public Life*, in Christopher Wolfe (ed.), *Same-Sex Matters: The Challenge of Homosexuality*, Dallas, TX, Spence Publishing, 2000, pp. 5-11. Cfr. anche il confronto fra Wolfe e Joe Corvino in Laurence Thomas (ed.), *Contemporary Debates in Social Philosophy*, Oxford, UK, Blackwell, 2008, pp. 77-110.

26 «Worst of all from this point of view are those more uncivilized forms of eating, like licking an ice cream cone - a catlike activity that has been made acceptable in informal America but that still offends those who know eating in public is offensive. [...] Eating on the street --even when undertaken, say, because one is between appointments and has no other time to eat-- displays [a] lack of self-control: It beckons enslavement to the belly». Ho rinvenuto questa citazione di Leon Kass, nel rapporto del President's Council on Bioethics, dal titolo *Human Dignity and Bioethics* (lungo 555, immagino avvincenti, pagine), in Steven Pinker, *The Stupidity of Dignity*, *The New Republic*, May 27, 2008. Kass è anche il coautore (insieme a Harvey C. Mansfield e The Institute for Marriage and Public Policy) di un *brief*, come *amici curiae*, in data 19 gennaio 2013, nel caso *Hollingsworth v. Perry*, volto a mettere in dubbio che il same-sex marriage sia socialmente innocuo. Cfr. Damon Linker, *The Religious Test. Why We Must Question the Beliefs of Our Leaders*, New York, NY, Norton & Company, 2010, nota 14 a p. 230: «Aside from his general moral traditionalism, I have no reason to suspect that Kass himself would endorse such a claim. I am merely applying the logic of his argument against cloning to the issue of homosexuality». L'argomento è quello contenuto in Leon Kass, *The Wisdom of Repugnance*, *New Republic*, June 2, 1997, 17-26.

27 Mi riferisco, naturalmente, alla scena dell'orgia di Thulsa Doom in *Conan the Barbarian* (*Conan il barbaro*), diretto da John Milus, 1982, con Arnold Schwarzenegger, James Earl Jones, Max von Sydow, Sandhal Bergman.

atteggiarsi, che la vista di comportamenti omosessuali (talora anche un tenero bacio) suscitano in loro proprio queste reazioni emotive di raccapriccio. Queste sensazioni si presentano come autovalidanti.

Lo psicologo di Harvard, Steven Pinker, ha naturalmente ridicolizzato Kass, ricordando come ci furono bianchi in buona fede che provavano schifo e raccapriccio all'idea di bere a una fontana dove si era dissetato un Afro-Americano: questo non giustificava e non giustifica la segregazione razziale, il regime *separate but equals*.

Rimane dunque interessante notare come la riflessione filosofico-giuridica abbia così variamente cercato di attrarre i sentimenti, i rapporti e i comportamenti omosessuali rispettivamente nell'area del «gusto degenerato e perverso» (come se essere gay o lesbica fosse un po' simile all'essere attratti dalla carne umana), o nell'area del «gusto minoritario» (come se essere gay o lesbica fosse più o meno come essere appassionati di sushi a Bologna).

3. L'argomento della tradizione

Naturalmente non tutti coloro che hanno prodotto argomenti per negare la rilevanza normativa dei diritti dei gay e delle lesbiche hanno basato le loro argomentazioni su un'antropologia, o sulla politica del dis-gusto.

Un altro classico argomento con il quale si è talvolta tentato di giustificare le discriminazioni nei confronti delle persone gay e lesbiche è stato di tipo, in senso lato, *communitarian*, ma fu espresso in modo magnifico da Patrick Devlin²⁸.

Si tratta di un argomento dal sapore burkeano. Secondo quest'argomento è necessario riconoscere il valore delle tradizioni, dei *mores* ancestrali, la forza d'inerzia normativa di ciò che «è sempre stato», il senso delle radici, dei costumi e delle istituzioni che plasmano la nostra stessa identità. Una morale condivisa, un *idem sentire*, sono aspetti fondamentali della fioritura umana, e poche cose sono più dotate di valore di quegli *shared values* ai quali affidiamo il senso della nostra vita associata, delle nostre civili tradizioni.

Il valore del contesto è indipendente da una nozione di verità. L'accento non è posto sulla metafisica, sulla scienza, o sulla teologia. Non si rivendica per questi valori condivisi un radicamento nell'antropologia, un fondamento in una nozione di natura umana (che magari si assume capace di manifestarsi in sensazioni spontanee, come lo schifo). Ogni nazione può anzi basarsi su un sentire diverso, su un *Volkgeist* differente e peculiare. Forse c'è un set di valori condivisi ideale, ma il punto è che di un set di qualche tipo c'è infine comunque bisogno, se si vuole evitare la disintegrazione sociale o altri oscuri e diabolici mali egualmente terrificanti.

Ora, l'argomento della Tradizione Immemorabile ha punti di forza e punti di debolezza. Un punto di forza è che quello che sopravvive al tribunale della storia si presenta *prima facie* come dotato di un valore aggiunto. È naturale amare le tradizioni ricevute, come se si trattasse di un'eredità familiare, di un orologio a muro che è sempre stato in casa, e che si ama anche se rimane sempre indietro. Le consuetudini, i riti civili e domestici che si apprendono nell'infanzia e nella gioventù diventano una parte importante di una bolla di comodità, di una *comfort zone* esistenziale, alla quale si guarda con affetto e un pizzico di venerazione. «Tradizione e qualità», incidentalmente il motto della birra Peroni, sembrano insomma costituire un'endiadi.

Un punto di debolezza è che ci sono state, e quindi possono tuttora esserci, con ogni evidenza, tradizioni moralmente inaccettabili. Istituzioni tradizionali di grande successo (universali perché presenti in tutte le culture, e millenarie) sono state probabilmente il sacrificio umano e la schiavitù. La bella tradizione della lacedemone *krypteia*²⁹ fa parte della vita istituzionale spartana, ed è una parte importante

28 Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals*, Oxford, UK, Oxford University Press, 1965; cfr. anche Joel Feinberg, *Some Unswept Debris from the Hart-Devlin Debate*, *Synthese*, 1987, 72 (2), pp. 249-275. Cfr. Anche Richard Wollheim, *Crime, Sin, and Mr. Justice Devlin*, *Encounter*, 1959, 13, pp. 34-40; Heta Häyry, *Liberalism and Legal Moralism: The Hart-Devlin Debate and Beyond*, *Ratio Juris*, 1991, 4:2, pp. 202-218; della Häyry cfr. anche *Legal Paternalism and and Legal Moralism*, Devlin, Hart, and Ten, *Ratio Juris*, 1992, 5:1, pp. 191-201. Devlin fu difeso, fra gli altri, da Eugene V. Rostow in *The Enforcement of Morals*, *Cambridge Law Journal*, 18, 1960, pp. 174-198.

29 Cfr. Plutarco, *Vita di Licurgo*, 28, 3-7. Ma cfr. anche Platone, *Leggi*, I, 633 e Eraclide Lembo, *Fragmenta Historicorum Graecorum*, II, 210. Da queste fonti si apprende che, ogni autunno, gli Efori dichiaravano guerra agli Iloti di Sparta, che potevano dunque essere legalmente uccisi. I giovani *kryptes* erano quindi inviati, disarmati e di notte, a uccidere gli iloti che avrebbero trovato sulla loro strada: per alcuni si trattava di un meccanismo di controllo degli iloti, per altri di un rito di iniziazione virile.

dell'educazione di quella gioventù, sana e fiera e senza grilli per il capo: ma non si chieda un parere a un Comitato Etico dove siedano anche gli Iloti.

L'idea che la reiterazione di un'ingiustizia ne modifichi l'essenza è come minimo controversa. Benjamin Constant ricorda, in una nota a piè di pagina dello *Spirito della conquista e dell'usurpazione*, quella cuoca francese che, rimproverata perché spellava vive le anguille, rispose: «Ci sono abituate, lo faccio da trent'anni»³⁰.

In generale, l'idea di un valore normativamente esaustivo (cioè non bilanciato da altri valori) della tradizione in quanto tale, è auto-contradittoria. Una tradizione, infatti, si definisce in base alla durata: una tradizione è più tradizione di un'altra se è più antica. Le tradizioni immemorabili sono le più importanti. Ignoriamo quali furono le prime tradizioni del genere umano, anche se autori come Giambattista Vico erano affascinati dal problema, perché gli esseri umani da sempre criticano, talvolta con conseguenze distruttive, le tradizioni, modificando e talvolta rivoluzionando gli assetti istituzionali e sociali. *Da sempre*: la tradizione più antica di quelle conosciute, la Tradizione Delle Tradizioni, è dunque quella costituita dalla critica, anche con conseguenze distruttive, delle tradizioni. L'argomento della non-criticabilità delle tradizioni comporta così il primato normativo della critica (tradizionale) delle tradizioni³¹.

La tradizione mantiene comunque un suo ruolo importante quando non le si attribuisca un'esauistica primazia normativa. Per esempio, si può sostenere che, *coeteris paribus*, è meglio mantenere una tradizione anziché modificarla. Posizioni di questo genere, fondamentalmente rispettose dei valori condivisi e della tradizione, sono tuttavia legittimamente esposte alla critica.

Joe Corvino, un filosofo che ha offerto contributi importanti sul tema dell'omosessualità, e rispettato anche da avversari accaniti dei diritti LGBT³², riporta con gusto una «storia di famiglia» dovuta al grande critico culinario Craig Claiborne³³: dalla cuoca di Constant agli odierni esperti di gastronomia è sempre, si direbbe, questione di gusto e di gola.

Ecco il racconto. Una cuoca domestica, alle prese con un pesce da cuocere, afferma che per prima cosa bisogna tagliarne un pezzo, verso la coda. Domandata del perché, si rende conto di non saper dare una risposta, e che ha sempre semplicemente proceduto in tal modo – seguendo l'esempio di sua madre. La mamma viene dunque prontamente interpellata, e la Signora conferma che quello è sempre stato il modo nel quale il pesce si cucinava in famiglia, ma di non averne veramente chiara la ragione: aveva anch'ella appreso la cosa da sua madre. La curiosità diventa impellente, e si procede dunque a visitare, nella casa di riposo dove è ospitata, l'anziana nonna, ancora lucida e arzilla. Interrogata sull'argomento, la nonna conferma l'usanza: non avevamo una pentola abbastanza grande, e il pesce non ci stava tutto intero in quella che c'era in cucina, per forza dovevamo tagliarlo.

La *ratio* della norma, in questo caso, era un tramandato fraintendimento. Non c'era né un obbligo né una valida ragione di tipo tecnico per tagliare il pesce in quel modo. Le regole trasmesse possono avere ampie zone di opacità, possono conservare al loro interno elementi relativi a contesti di partenza che non esistono più, e che possono tuttavia diventare autosufficienti se la tradizione li legittima in quanto tali.

La tradizione, d'altra parte, determina i cosiddetti *expressive benefits*³⁴, dei quali le minoranze corrono il rischio di essere escluse in assenza di piena eguaglianza. Prima di *Obergefell*, vigevano in alcuni Stati americani norme che istituivano le unioni civili per le coppie gay e lesbiche. In alcuni casi tali norme garantivano gli stessi diritti del matrimonio: solo il nome era diverso. La discriminazione era nascosta, e interessava soprattutto il registro simbolico. In primo luogo, l'assetto normativo realizzato sembrava creare una classe di cittadini di serie b, che certo hanno diritti ma che non possono ritenersi «come gli

30 Benjamin Constant, *De L'Esprit de Conquete et de l'Usurpation Dans leurs Rapports Avec la Civilisation Europeenne* [1814], Cap. XIII; trad. it.: *Dello Spirito di Conquista e dell'Usurpazione nei Loro Rapporti con la Civiltà Europea*, Milano, Rizzoli, 1961.

31 Utili osservazioni in Jeremy Waldron, *Values and Critical Morality*, in *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 1993.

32 John Corvino ha pubblicato, con Maggie Gallagher, *Debating Same-Sex Marriage*, Oxford, UK, Oxford University Press, 2012: è stato dunque capace di sviluppare buoni rapporti personali con una delle più fiere oppositrici del *same-sex marriage*, appunto la Gallagher, per molto tempo un personaggio chiave di NOM, o con Glen Stanton di Focus on the Family (cfr. John Corvino, *What is Wrong with Homosexuality*, Oxford, UK, University Press, 2001, pp. 2-3).

33 Cfr. Craig Claiborne, *The New York Times Cookbook*, New York, NY, Random House, 1995, p. 41. Ho trovato il racconto di Claiborne e la relativa citazione in John Corvino, *What is Wrong with Homosexuality*, cit., 2001, p. 136.

34 Cass Sunstein, *The Right to Marry*, University of Chicago, The Law School, October 2004, Public Law and Legal Theory Working Paper No. 76.

altri». L'assetto istituzionale somigliava insomma un pochino a un regime di *separate but equals*. Ma la discriminazione era anche attiva in modo più sottile.

Se si è innamorati, e si trova il coraggio di dichiarare la serietà delle proprie intenzioni, si fa - secondo la tradizione - la formale *proposta*. Si invita la persona amata in un ristorante *fancy*, si ordina speranzosi dello champagne, si piega il ginocchio e mentre si cerca, nella tasca della giacca, la scatolina setosa che contiene il fatidico anello, si domanda: «Vuoi entrare in una unione civile con me?» In qualche modo dovrebbe risultare ovvio che suona molto meglio il tradizionale *Will you marry me?*, «Vuoi sposarmi?».

A un pranzo per il tradizionale giorno del ringraziamento, con la famiglia riunita intorno al gustoso tacchino ripieno, la salsiera col *gravy* che occhieggia al centro della tavola, si ha finalmente l'occasione di presentare la persona amata a famigliari che abitano lontano, magari in un altro Stato. Be', una cosa è nominare «il mio sposo», «il mio consorte», un'altra è dire: «Zia, ti presento Nomi, la mia *domestic partner*». Non sembra questo il modo più gratificante di prepararsi a mangiare il tacchino.

È chiaro che, quando si parla dei diritti delle persone LGBT non si tratta mai di una mera «questione di gusto»: l'orientamento può ben avere a che fare con un'identità profonda. La riflessione su alcuni settori del dibattito americano sui diritti delle persone LGBT a partire dall'analogia con i peccati di gola, tuttavia, potrebbe contribuire a rivelare l'ordito nascosto di alcuni argomenti conservatori, ad essi ostili, e a renderne più vividamente percepibile la specifica arbitrarietà.

Vincenzo Barba*

La tutela della famiglia formata da persone dello stesso sesso

Sommario

1. Diritto di famiglia, ideologie e mitologie - 2. Modelli familiari forti e modelli deboli. Irrilevanza del sesso delle persone della coppia - 3. Unione civile e disciplina applicabile. Non si tratta di un modello familiare debole - 4. Unione civile e norme costituzionali - 5. Unione civile e comma 20: verso una disciplina unitaria

Abstract

Il saggio, muovendo da un'analisi dei modelli familiari giuridici, che distingue tra modelli forti e modelli deboli, si propone di indagare la portata della disciplina italiana sulla unione civile. Dalla constatazione che l'unione civile è sostanzialmente ascrivibile a un modello familiare forte, il saggio si propone di offrire una lettura innovativa, tendente a costituire un diritto comune della unione civile e del matrimonio. In questa direzione, si offre una lettura del comma 20 della l. 76/2016 che consente di applicare all'unione civile anche le norme del Codice civile non espressamente richiamate e quelle della legge sull'adozione.

The paper, moving from an analysis of the legal family models, which distinguishes between strong models and weak models, proposes to investigate the role of Italian discipline on civil union. From the observation that the civil union is substantially attributable to a strong family model, the essay aims to offer an innovative interpretation, tending to constitute a common law of civil union and marriage. In this way, the essay offers an interpretation of paragraph 20 of l. 76/2016, which makes it possible to apply to civil union also the provisions of the Civil Code, which are not explicitly mentioned, and the law on adoption.

1. Diritto di famiglia, ideologie e mitologie

«Ora, per quanto le donne oggi vogliano nascondere (e a me sembra una pazzia) la loro diversità dall'uomo, non possono negare che la *turbatio sanguinis* costituisca il rischio dell'adulterio della moglie e non dell'adulterio del marito: il bastardo non è il *corpus unum* dell'uno e dell'altro dei coniugi; e una famiglia nella quale vivono dei bastardi non è unita o, almeno, è meno unita di quella che potrebbe e dovrebbe essere».

* Ordinario di Diritto privato, Università La Sapienza di Roma.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

Queste ripugnanti parole¹ sono pronunziate nel 1962² da Francesco Carnelutti³.

Sono, dal mio punto di vista, particolarmente importanti per almeno due ragioni.

In primo luogo, testimoniano quanto le valutazioni sul diritto di famiglia siano collegate alla filosofia della vita di ciascuno e, dunque, dimostrano, soprattutto nella nostra contemporaneità, quando sia indispensabile, allo scopo di evitare che si riproducano interpretazioni ispirate al soggettivismo delle scelte singole, che ogni interpretazione venga svolta in consonanza ai principi e ai valori normativi vigenti⁴. Questa è l'unica possibilità di conferire oggettività giuridica al discorso⁵, nonostante si dica da molti e in specie da formalisti e legisti che proprio il riferimento ai valori⁶ destabilizza l'ordine giuridico e destruttura la prevedibilità delle soluzioni. La storia insegna che la prevedibilità della soluzione, specie quando essa si traduca in mera ripetitività di una soluzione non è un valore in sé, essendo indispensabile la coerenza assiologica della scelta⁷. Si deve trascorrere dalla prevedibilità dell'esito alla controllabilità della decisione⁸.

- 1 Sulla relazione tra linguaggio, diritto e riconoscimento, regolazione, normalizzazione ed esclusione v. F. Swennen e M. Croce, *The Symbolic Power of Legal Kinship Terminology: An Analysis of 'Co-motherhood' and 'Duo-motherhood' in Belgium and the Netherlands*, in *Socials & Legal Studies*, 2016, p. 181 ss. V. anche M. Croce, *Quod non est in actis non est in mundo: Legal words, unspeakability and the same-sex marriage issue*, in *Law & Critique*, 2015, p. 65 ss.
- 2 Si consideri che nel 1951 Salvatore Pugliatti era firmatario del manifesto "in difesa della Costituzione" (Il Manifesto può leggersi in *Il foro civile*, 1951, fasc. 3, p. 152 s. Per un'analisi del pensiero di Pugliatti, si v. P. Perlingieri, *Salvatore Pugliatti ed il «principio della massima attuazione della Costituzione»*, in *Rassegna di diritto civile*, 1996, p. 807 ss., ora in Id., *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 297 ss.), che nel 1968 Pietro Rescigno (P. Rescigno, *Per una rilettura del Codice civile*, in *Giurisprudenza italiana*, 1968, IV, cc. 209 ss.) avvertiva l'esigenza di una rilettura del Codice civile e che nel 1969 Pietro Perlingieri (P. Perlingieri, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1969, I, p. 455, e in Id., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1989, p. 3 ss.) dettava la prolusione camerte, nella quale era già il senso del diritto civile nella legalità costituzionale.
- 3 F. Carnelutti, *Fedeltà coniugale e unità della famiglia*, in *Rivista di diritto civile*, 1962, I, p. 1 ss. Il passo citato è a p. 3.
- 4 P. Grossi, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quaderni fiorentini*, 2003, p. 34, la «fattualità del diritto [...] si concretizza nella inseparabilità tra fatti e diritto; anzi, in una enorme virulenza dei fatti, che hanno la vigoria di condizionare il diritto e di plasmarlo. Trattandosi, in sostanza, di forze che si radicano nelle strutture profonde di una civiltà, che agiscono in basso e premono da sotto in su, fattualità del diritto significa che, parte di questo, si ha un adeguamento a quelle forze a tal punto che la dimensione umana del diritto, legata alla conoscenza e alla volontà di individui e di gruppi, ne è profondamente incisa». Tutto ciò induce l'A. a indicare come monito che segna il tempo della post-modernità e come metodo per comprendere il reale, "sempre più società, sempre meno Stato" (così, Id., *o.u.c.*, pp. 11, 28, 42).
- 5 Per tutti, P. Perlingieri, *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rassegna di diritto civile*, 1999, p. 802 ss. Si v. G. Perlingieri, *La povertà del pragmatismo e la difesa delle ideologie: l'insegnamento di Natalino Irti*, in *Rassegna di diritto civile*, 2008, p. 603 s., il quale scrive: «il principio di legalità, infatti, mira a rendere esplicito che nessun procedimento applicativo del diritto si possa compiere senza utilizzare un necessario referente normativo e che nessun procedimento ermeneutico si possa discostare dalle scelte di valore o dall'ideologia espresse dalle fonti del diritto e dalla loro organizzazione gerarchica. Ogni norma è riconducibile direttamente o indirettamente ad un valore o ad una ideologia [...] Dunque, l'agire politico e quello giuridico, pur effimeri e in continuo divenire, richiedono una base ideologica, la quale può mutare, ma non mancare».
- 6 Nota la disputa sui valori. In questa sede il riferimento è colto in una prospettiva puramente normativa, indicando come valore soltanto il valore normativo, ossia i valori assunti dall'ordinamento giuridico, pure nella graduazione che esso pone e impone. P. Perlingieri, *I principi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo*, in *Annali Sisdic*, 2017, e in *Politica Criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, p. 197, «in realtà se il principio giuridico è norma ed è norma "dotata di particolare generalità e/o di una particolare fondamentalità ovvero di una più intensa significatività sul terreno storico-giuridico", anche il valore, assunto dall'ordinamento, "non è un puro 'valore' capace di influenza solo orientativa" ma è norma e, come tale, principio».
- 7 Si considerino le attuali e vibranti considerazioni di S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1967, I, p. 83 ss. e ora in *Le prolusioni dei civilisti*, vol. I (1940-1979), Napoli, 2012, p. 3091 s., «se è vero che una riforma è matura non solo quando sono i fatti storici a reclamarla, non solo quando è divenuta generale la convinzione della sua necessità, ma quando gli studiosi hanno realizzato quel mutamento di condizioni culturali, quell'affinamento di nuovi e più adeguati strumenti, che condizionano ogni serio tentativo di rinnovamento degli istituti giuridici. La maturità di una riforma, infatti, non può mai misurarsi soltanto dal corpo di proposte tecniche che si è in grado di apprestare, ma dal rinnovamento della cultura giuridica e riuscita a promuovere rispetto alle idee espresse nei testi bisognosi di revisione». infatti, non può mai misurarsi soltanto dal corpo di proposte tecniche che si è in grado di apprestare, ma dal rinnovamento della cultura giuridica e riuscita a promuovere rispetto alle idee espresse nei testi bisognosi di revisione».
- 8 Per tutti, P. Perlingieri, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1975, p. 826 ss.; Id., *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologia. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp.*

Sotto un diverso profilo, dimostrano che lo stesso concetto di famiglia, come pure tutti i suoi vestimenti giuridici, non hanno alcunché di irreversibile o naturale⁹. Gli studi antropologici hanno storicamente dimostrato che non esiste un concetto di famiglia e vieppiù di famiglia naturale, ma esiste soltanto un problema della specie di riprodursi e di assegnare i figli a un certo gruppo. Problema che storicamente è stato risolto tramite la costituzione di strutture della riproduzione che fossero il massimo adeguate ed efficienti rispetto all'ambiente e alle risorse disponibili¹⁰. Si sono, dunque, chiamate famiglie quelle strutture, a volta a volta, idonee a risolvere problemi di riproduzione della specie. Piuttosto sarebbe interessante verificare quando e perché il concetto di famiglia passa da mera struttura della riproduzione a struttura dello stare insieme, fondata su un vincolo d'affetto. Ma è chiaro che il tema dell'affettività, come sostrato giustificativo della famiglia, costituisce una elaborazione successiva, rispetto alla quale è irrilevante il vestimento giuridico¹¹.

Sulla base di queste considerazioni occorre accostarsi alla norma di cui all'art. 29 Cost. per intendere che il riferimento alla naturalità della famiglia non ha né storicamente, né attualmente la capacità di poter includere nel patto costituzionale la sola famiglia fondata sul matrimonio o, viceversa, la capacità di escludere, come da molti si pretenderebbe, sia la famiglia non fondata sul matrimonio sia, soprattutto, la famiglia formata da persone dello stesso sesso¹².

Sebbene l'espressione "società naturale" sia oggi additata proprio da quella parte dei pensatori, che avversa il riconoscimento matrimoniale egualitario delle famiglie formate da persone dello stesso sesso, assumendo che il matrimonio sia possibile soltanto tra uomo e donna, è interessante ricordare che tale espressione si deve a Togliatti e che essa fu avversata proprio dai cattolici.

Il riferimento alla naturalità non aveva l'aspirazione di richiamare concezioni filosofiche pan-naturalistiche, ma di evitare che lo Stato –ciò era accaduto nel periodo fascista¹³– potesse ingerirsi nell'auto-

prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi, in *Rassegna di diritto civile*, 1985, p. 990 e in Id., *Scuole tendenze e metodi*, cit., p. 275; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3 ed., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, *passim*, spec. pp. 566 ss. e 597 s.; Id., *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rassegna di diritto civile*, 2010, p. 195, ora in Id., *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 104; Id., *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Rivista di diritto privato*, 2010, p. 27. G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2015, p. 1 ss.

- 9 Si v. C. Saraceno, *L'equivoco della famiglia*, Bari, Laterza, 2017, p. 1 ss. e spec. pp. VII-XXV.
- 10 V. Matera, *L'antropologo: perché la famiglia naturale non esiste*, in *www.27esimaora.corriere.it*, dà conto di talune interessanti strutture c.d. familiari: «fra gli Igbo della Nigeria, in caso di sterilità del marito, una donna è autorizzata a avere rapporti sessuali con un altro uomo, e i figli procreati saranno legalmente figli del primo (il padre sociale) e non del secondo (il padre biologico). Fra i Nuer del Sudan, come ha documentato il grande antropologo inglese Evans-Pritchard (*I Nuer. Un'anarchia ordinata*, 1948), è documentato il *matrimonio con il fantasma*, per cui, qualora un uomo muoia senza figli oppure prima di sposarsi, un fratello o un cugino può sposarsi con una donna in nome del defunto in modo che i figli siano legalmente figli del defunto. Sempre fra i Nuer, esiste il *matrimonio fra donne* (privo di connotazioni omosessuali): una donna sterile può contrarre matrimonio con un'altra donna, sceglierle un amante e i figli nati da questa unione saranno figli socialmente riconosciuti della donna-marito, membri del gruppo di quest'ultima. Ci sono anche i fratelli della madre chiamati «madri maschi» (Radcliffe-Brown) e le donne agiate Lovedu che cedono il loro bestiame per acquistare «mogli» e diventare così «padri» dei loro figli. Ancora, i Karemola del Madagascar considerano fratelli e sorelle la stessa cosa, e un uomo può così rivendicare la maternità di un bambino. Come gli uomini possono essere madri, le donne possono essere padri. Niente è impossibile nella parentela della procreazione».
- 11 Si vedano gli interessanti e stimolanti studi, propositivi della cont(r)actualization dei modelli familiari, di F. Swennen e M. Croce, *Family (Law) Assemblages: New Modes of Being (Legal)*, in *Journal of Law and Society*, 2017, p. 532 ss., spec. p. 551 s., «*The main virtue of the approach we call 'cont(r)actualization' lies in the fact that it programmatically moves away from the objectivism and/or functionalism of the alternatives described above. In a way that resonates with social theory perspectives denouncing the arbitrariness of approaches which conceive of social actors as appliers of supra-subjective schemes of action, cont(r)actualization takes law users to be semi-autonomous producers of meanings within interactional contexts. The prefix 'semi' linked with the term 'autonomous' intends to do justice to both the (semiotic) structure where social actors use both the law and their own semantic and law-generative force*».
- 12 Al riguardo si consideri che esistono studi sia antropologici, sia di scienze naturali tesi a dimostrare l'esistenza, nella storia dell'uomo e nella natura, di coppie formate da esseri del medesimo sesso. Cfr. C. Levy-Strauss, *Le strutture elementari della parentela* (1947), Milano, Feltrinelli, 2003, p. 1 ss.; Id., *Tristi tropici* (1955), Milano, Il saggiatore, 2015, p. 11 ss.; M. Foucault, *Historie de la sexualité*, I, *La volontà di sapere, histoire de la sexualité*, I, Paris, Gallimard, 1976; Id., *Historie de la sexualité*, II, *L'usage des plaisirs*, Paris, Gallimard, 1984; Id., *Historie de la sexualité*, III, *Le souci de soi*, Paris, Gallimard, 1984; J. Mann, R.C. Connor, P.L. Tyack, H. Whitehead, *Cetacean Societies: Field studies of dolphins and whales*, Chicago, University of Chicago Press, 2000; M.L. Miketa, E.M. Patterson, E. Krzyszczyk, V. Foroughirad, J. Mann, *Calf age and sex affects maternal diving behavior in Shark Bay bottlenose dolphins*, in *Animal Behaviour*, 2018, p. 107 ss.; M. Zuk, N.W. Bailey, *Birds gone wild: same-sex parenting in albatross*, in *Trends in Ecology and Evolution*, 2008, p. 658 ss.
- 13 Gli esempi di ingerenza dello Stato fascista nell'autonomia familiare sono stati molteplici e, tra tutti, basti pensare all'obbligo di improntare l'educazione familiare al sentimento nazionale fascista, oppure al divieto per gli ebrei di sposarsi in terra ita-

nomia della famiglia. Il riferimento alla famiglia, come “società naturale fondata sul matrimonio”, non nasce nella Costituzione per legittimare la sola famiglia eterosessuale fondata sul matrimonio, bensì per evitare che fosse introdotto nella nostra Costituzione il principio di indissolubilità del matrimonio, sostanzialmente voluto dai cattolici e introdotto, all’ultimo, dal comitato ordinatore¹⁴. Lo stesso Moro ebbe a esprimere apertura verso la famiglia non fondata sul matrimonio¹⁵.

In sostanza, l’espressione «fondata sul matrimonio» era stata prevista soltanto per poter dire che il matrimonio era indissolubile, come del resto l’espressione «società naturale» serviva da preambolo filosofico da cui far discendere sempre l’indissolubilità. Venuta meno l’indissolubilità il senso dell’articolo muta radicalmente.

La naturalità della famiglia è, dunque, un vero e proprio mito della modernità che, nella contemporaneità merita di essere superato, nel pieno convincimento del carattere artificiale del matrimonio¹⁶.

In questo contesto occorre indagare quale sia la tutela della famiglia di persone dello stesso sesso.

In Italia essa è affidata alla recente legge n. 76 del 2016 che, come è noto, ha regolato la convivenza e introdotto l’unione civile tra persone dello stesso sesso.

Quale fosse l’intenzione storica del legislatore è a tutti noto: si doveva apprestare, soprattutto dopo il monito della Consulta con la nota sentenza sul c.d. divorzio imposto¹⁷, una tutela per le coppie formate da persone dello stesso sesso, si voleva, però, evitare l’estensione della disciplina matrimoniale, considerata a presidio delle sole famiglie eterosessuali. Il legislatore ha pensato di bilanciare queste due esigenze, regolando l’unione civile tra persone dello stesso sesso ed escludendo, così, la via del matrimonio egualitario.

Non a caso il legislatore sembra molto attento alle parole. Evita l’uso dell’aggettivo familiare, che gli scappa, soltanto, al comma 12, nella norma in cui stabilisce che le parti dell’unione concordano l’indirizzo della vita familiare, ad appannaggio esclusivo dell’aggettivo “comune”: si discorre, infatti, di

liana, oppure, ancora, al divieto di matrimoni tra italiani ed ebrei per non contaminare la razza.

- 14 La prima proposta del testo costituzionale, formulata dalla I sottocommissione (30 ottobre-15 novembre 1945), in materia familiare prevedeva due articoli: uno dedicato alla famiglia e l’altro dedicato al matrimonio. Art. 1 «La famiglia è una società naturale e come tale lo Stato la riconosce e ne tutela i diritti, allo scopo di accrescere la solidarietà morale e la prosperità materiale della Nazione». Art. 2 «Il matrimonio è basato sul principio della eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ai quali spettano il diritto e il dovere di alimentare, istruire ed educare la prole. La legge regola la condizione giuridica dei coniugi, allo scopo di garantire l’unità della famiglia».

Tali regole, che costituivano un difficile compromesso raggiunto da Togliatti e Moro, fu messo in discussione da La Pira, il quale propose un emendamento, volto a introdurre, all’art. 2, il principio di indissolubilità del matrimonio. Art. 2 (come emendato da La Pira) « Il matrimonio è basato sul principio della eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ai quali spettano il diritto e il dovere di alimentare, istruire ed educare la prole. La legge regola la condizione giuridica dei coniugi, allo scopo di garantire l’indissolubilità del matrimonio e l’unità della famiglia».

Il principio dell’indissolubilità del matrimonio rimase anche nel testo che venne proposto dalla Commissione dei Settantacinque (15 gennaio 1947) la quale formulò i due seguenti testi: Art. 23 «La famiglia è una società naturale: la Repubblica ne riconosce i diritti e ne assume la tutela per l’adempimento della sua missione e per la saldezza morale e la prosperità della nazione. La Repubblica assicura alla famiglia le condizioni economiche necessarie alla sua formazione, alla sua difesa ed al suo sviluppo, con speciale riguardo alle famiglie numerose». Art. 24 «Il matrimonio è basato sull’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. La legge ne regola la condizione a fine di garantire l’indissolubilità del matrimonio e l’unità della famiglia».

Infine, vi è la proposta del Comitato di Redazione, che, per la prima volta, apporta una modifica al testo che era stato convenuto: Art. 23 «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio indissolubile. Il matrimonio è ordinato in base all’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi nei limiti richiesti dall’unità della famiglia».

- 15 Nei lavori preparatori della I Sottocommissione per la Costituente, del giorno 5 novembre 1946, in occasione della discussione dell’art. 29, si legge questo intervento di Moro: «quando si dice che la famiglia è una società naturale, non ci si deve riferire immediatamente al vincolo sacramentale; si vuole riconoscere che la famiglia nelle sue fasi iniziali è una società naturale. Pur essendo molto caro ai democristiani il concetto del vincolo sacramentale nella famiglia, questo non impedisce di raffigurare anche una famiglia, comunque costituita, come una società che, presentando determinati caratteri di stabilità e di funzionalità umana, possa inserirsi nella vita sociale. Mettendo da parte il vincolo sacramentale, si può raffigurare la famiglia nella sua struttura come una società complessa non soltanto di interessi e di affetti, ma soprattutto dotata di una propria consistenza che trascende i vincoli che possono solo temporaneamente tenere unite due persone».
- 16 Sull’artificialità del matrimonio, v. V. Barba, *Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale*, in *Famiglia e diritto*, 2014, p. 865 ss.;
- 17 Corte Costituzionale, sentenza dell’11 giugno 2014, n. 170, in *Famiglia e diritto*, 2014, p. 861 ss., con nota di V. Barba, *Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale*. In tema le efficaci considerazioni di M. Gattuso, “Matrimonio”, “famiglia” e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la “doppia svolta” della Corte europea dei diritti dell’uomo, *ivi*, 2012, p. 678; Id., *Orientamento sessuale, famiglia, eguaglianza*, in *La nuova giurisprudenza. civile e commentata*, 2011, 584; Id., *Costituzione e matrimoni fra omosessuali*, in *Il Mulino*, 2007, 452; Id., *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Trattato di diritto di famiglia Zatti*, Milano, Giuffrè, 2011, cit., 793.

vita comune (art. 1, comma 7) cognome comune (art. 1, comma 10), bisogni comuni (art. 1, comma 11), residenza comune (art. 1, comma 12). Evita, deliberatamente, il riferimento alla famiglia e preferisce discorrere di formazione sociale e, in tale prospettiva, non richiama l'art. 29 Cost., bensì l'art. 2 Cost. (art. 1, comma 1).

Di fronte a questa scelta debbono svolgersi due ordini di considerazioni molto diverse, tra loro, e per certi versi anche antinomiche, perché la risposta affermativa o negativa all'una potrebbe precludere o rendere del tutto inutile l'indagine sull'altra e viceversa.

Occorre domandarsi se sia legittimo, secondo la nostra trama costituzionale, escludere le coppie formate da persone dello stesso sesso dal regime matrimoniale e, dunque, se questa disciplina sia ragionevole, con intesa che, in difetto dovrebbe essere tacciata di incostituzionalità.

Occorre, soprattutto, domandarsi se il nostro legislatore sia sostanzialmente riuscito a realizzare il suo intento storicamente noto, ossia creare un istituto di tipo familiare sostanzialmente diverso da quello del matrimonio.

2. Modelli familiari forti e modelli deboli. Irrilevanza del sesso delle persone della coppia

Prima ancora di verificare se il nostro legislatore sia riuscito a creare un tale istituto, occorrerebbe riflettere sui quali sono, al di là del nome, i connotati propri di un modello familiare diverso dal matrimonio, con avvertimento che se la distinzione fosse soltanto di tipo nominalistico, la diversità di discipline sarebbe irragionevole.

Al fine di intendere quali siano i connotati che caratterizzano un'unione registrata rispetto al matrimonio, credo che sia di grande e determinante aiuto una valutazione delle scelte legislative percorse da quegli Stati, prevalentemente occidentali, che prevedono accanto all'istituto del matrimonio quello delle unioni. In specie, quelle legislazioni che ammettono sia il matrimonio sia l'unione registrata per le coppie sia di persone di sesso diverso sia dello stesso sesso (Paesi Bassi, che furono i primi nel 2001, e poi Belgio, Spagna, Svezia, Portogallo, Danimarca, Francia, Irlanda, Lussemburgo, Germania, Finlandia e Malta). Queste legislazioni, nelle quali l'orientamento sessuale non costituisce il tratto disciplinare di differenziazione, diventano importanti per capire la differenza tra i due istituti; per capire a quale funzione risponda l'unione registrata e quale spazio di autonomia essa abbia o possa avere rispetto al matrimonio.

Una comparazione tra tutte queste discipline, pur con qualche varietà di accento, che è certamente inevitabile, restituisce un quadro disciplinare abbastanza preciso.

Le unioni, diversamente dal matrimonio, sono modelli familiari caratterizzati da una disciplina più flessibile e tenue, si direbbe una disciplina familiare di tipo debole. La debolezza coinvolge, prevalentemente, due profili: quello successorio e quello dello scioglimento. L'unione registrata non determina conseguenze successorie particolarmente significative e, anzi, essa si pone quasi sul piano dell'irrilevanza, dal momento che le parti dell'unione non hanno diritti successori reciproci, se non qualche limitato diritto successorio con finalità alimentare. Si direbbe che nel caso di unione la successione è prevalentemente affidata al testamento. Sotto il secondo profilo, si prevedono dei meccanismi di scioglimento del rapporto familiare sostanzialmente semplificati, con avvertenza che nel caso di figli, tale semplificazione è controbilanciata dalla previsione di strumenti di tutela del rapporto genitoriale, volti a garantire un assetto finalizzato a imporre a entrambi i genitori l'impegno costante nell'educazione, istruzione e mantenimento dei figli.

Per contro, la disciplina sulle unioni registrate produce conseguenze ragguardevoli nei rapporti tra le due persone non tanto in termini patrimoniali, benché costoro possono sostanzialmente accedere a regimi patrimoniali analoghi, se non identici, a quelli propri del matrimonio, ma, soprattutto - e questo mi pare il dato più significativo - rispetto alle situazioni esistenziali. L'unione registrata determina, infatti, un riconoscimento del rapporto di affetto, che influenza in modo importante la regolamentazione delle situazioni di carattere prevalentemente esistenziale. In caso di unione registrata sono riconosciuti diritti analoghi a quelli previsti a favore del coniuge dall'ordinamento penitenziario; è stabilito il diritto di visita, assistenza e accesso alle informazioni in caso di malattia; la preferenza del partner nella nomina a tutore o amministratore; l'accesso a prestazione tipiche del *welfare* e via dicendo.

L'analisi comparata restituisce, dunque, un quadro interessante. Il modello familiare matrimoniale e il modello familiare dell'unione si distinguono sul piano della disciplina sostanziale. L'uno prevede un regime disciplinare debole, l'altro un regime disciplinare forte, sicché la decisione della persona di

optare per l'uno o per altro ha conseguenze applicative di non breve momento. Scegliere l'una o l'altra non è indifferente.

Sulla base di questo dato occorre verificare se l'unione civile, così come regolata dalla legge italiana del 2016, possa essere legittimamente ascritta nel novero delle unioni registrate, ossia nel novero dei modelli familiari aventi una disciplina di tipo debole.

La questione sembra essere controversa, dal momento che in punto di disciplina successoria l'unione civile è, sostanzialmente, equiparata al matrimonio, in guisa che non sussiste alcuna differenza tra il coniuge e l'unito civile. Ciò tende ad accomunarla al matrimonio, ossia alle discipline rafforzate. Non può, però, negarsi che lo scioglimento dell'unione civile sia semplificato rispetto a quello del matrimonio: non è prevista una separazione ed è prevista una causa di scioglimento agevolata. Ma tale ultimo profilo, non mi sembra particolarmente qualificante, se consideriamo che la semplificazione dello scioglimento sembra connessa all'assenza dei figli e che, proprio in tale caso, anche nel matrimonio, è, adesso, previsto un istituto sostanzialmente analogo, il c.d. divorzio breve.

Piuttosto vale la pena di considerare che la legge n. 76 del 2016 ha previsto una disciplina regolativa di un modello familiare realmente leggero. Si tratta delle c.dd. convivenze di fatto, ossia quelle famiglie il cui vincolo è affidato al fatto stesso della convivenza, nelle quali non ci sono né conseguenze patrimoniali automatiche nei rapporti tra i conviventi, analoghe o simili a quelle previste per il matrimonio o l'unione civile, né una regolamentazione organica dei rapporti esistenziali. Lo Stato interviene in modo assai limitato, più per riconoscere i diritti della persona, in quanto tale e in quanto componente della coppia, che non per riconoscere la coppia in quanto tale.

A un'analisi anche superficiale della nostra disciplina municipale si direbbe che il modello familiare che incarna quello tipico europeo delle unioni registrate è proprio quello delle convivenze regolate dall'art. 1, commi da 36 a 67, della l. 76.

Se soltanto si legga con attenzione quella disciplina, non sarà difficile avvertire che, a dispetto del nome che il nostro legislatore ha prescelto, quella regolamentazione è, sostanzialmente, analoga a quella tipica dell'unione registrata. Con l'aggravante che, mentre nei principali paesi europei occidentali la disciplina tipica delle unioni registrate consegue a un atto formale di scelta, nel nostro ordinamento pare conseguire dal mero fatto della convivenza, essendo affidato alla scelta delle parti di stipulare un contratto di convivenza, al solo scopo di regolare i loro rapporti economici.

3. Unione civile e disciplina applicabile. Non si tratta di un modello familiare debole

A questo punto, diventa necessaria un'indagine, per capire quale sia la reale e sostanziale differenza tra il matrimonio e l'unione civile, verificando se essa sia tale da giustificare l'esistenza di un modello familiare alternativo al matrimonio.

La tecnica legislativa, con la quale la legge n. 76 del 2016 costruisce la disciplina sull'unione civile è triplice. In parte affidata al rinvio, in parte affidata a una regolamentazione specifica, in parte affidata alla norma sull'effettività della tutela, di cui al comma 20¹⁸.

In alcuni casi, il legislatore si limita a richiamare le norme dettate per il matrimonio. Tale scelta è, a esempio, percorsa in materia successoria nel comma 21, il quale stabilisce che all'unione civile si

18 Sulle unioni civili, con particolare riguardo alla disciplina recata all'art. 1, comma 20 della l. 76 del 2016 la bibliografia è, al momento, non particolarmente vasta. V. Barba, *Le norme applicabili alle persone unite civilmente*, in *Trattato di diritto di famiglia*, dir. da G. Bonilini, vol. V, Torino, 2017, pp. 143-198; Id., *Le norme, relative al coniuge, applicabili alle persone unite civilmente*, in *Tratt. dir. fam.*, dir. da G. Bonilini, vol. V, cit. pp. 521-536; G. Ferrando, *Diritto di famiglia*, Addenda "Unioni civili e convivenze", Zanichelli, 2016, in www.zanichelli.it; M. Fiorini, M. Leo, *Il diritto di famiglia "scopre" tre tipologie a tutele decrescenti*, in *Guida al diritto*, n. 25, 11 giugno 2016, p. 36 ss.; G. Buffone, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, in *Mappe esplicative della Legge 76 del 2016*, consultabile su Ilcaso.it, www.ilcaso.it; R. Pacia, *Unioni civili e convivenze*, in www.juscivile.it; A. Schillaci, *Le unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili di diritto comparato e tenuta del principio di eguaglianza*, in www.dpce.it, *Diritto pubblico comparato ed Europeo*, 3/2016; Id., *Un buco nel cuore. L'adozione coparentale dopo il voto del Senato*, in *Articolo29*, www.articolo29.it; L. Bozzi, *La legge 76 del 2016: istituzione delle unioni civili e disciplina delle convivenze di fatto. Prime brevissime riflessioni*, in www.dpce.it, *Diritto pubblico comparato ed Europeo*, 3/2016; Mir. Bianca, *Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto*, in *Giudicedonna* www.giudicedonna.it, 2/2016; M. Blasi, R. Campione, A. Figone, F. Mecenate, G. Oberto, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Giappichelli, Torino, 2016; G. Casaburi, I. Grimaldi (a cura di), *Unioni civili e convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76. Lettura operativa e possibili soluzioni*, a cura di G. Casaburi e I. Grimaldi, Pacini Giuridica, Pisa, 2016; G. Casaburi, *Il nome della rosa (La disciplina italiana delle unioni civili)*, 3 marzo 2016, in *Articolo29* www.articolo29.it.

applicano le disposizioni sull'indegnità, sulla tutela dei legittimarî, sulle successioni legittime, sulla collazione e sul patto di famiglia¹⁹. È la tecnica del rinvio.

In altri casi, il legislatore si fa carico di riformulare la disciplina, dettando le regole in modo analitico. Ciò è occorso, principalmente, nei casi in cui il legislatore non ha potuto valersi del rinvio, perché aveva in animo di escludere qualche profilo disciplinare. È la tecnica della riformulazione del contenuto.

Così, a esempio, nel comma 7, in cui ha richiamato la disciplina recata all'art. 122 c.c., con l'intenzione di escludere la possibilità di impugnare l'unione civile per errore sulle qualità personali dell'altro, quando esso riguardi un'anomalia²⁰, o deviazione sessuale²¹ tale da impedire lo svolgimento della vita comune. Dimostrando di non avere adeguata contezza di cosa sia l'anomalia sessuale e di cosa siano le parafilie. Ancora, è accaduto nel comma 11, nel quale il legislatore ha, evidentemente, ripreso la regola contenuta all'art. 143 c.c., escludendo, però, la collaborazione reciproca nell'interesse della famiglia e, soprattutto, la fedeltà. Dimostrando di non avere la benché minima contezza di quale sia il contenuto della fedeltà o, detto il altri termini, dimostrando di non sapere che, da oltre un trentennio, la fedeltà non è esclusivamente legata al profilo sessuale.

In ultimo, la disciplina è offerta dal comma 20²², che costituisce il cuore pulsante di tutta la disciplina sulle unioni civili, detta, impropriamente, dai primi commentatori, clausola di effettività della tutela²³, o clausola di equivalenza²⁴, o norma adattiva²⁵.

Tale comma così statuisce: *«al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collet-*

- 19 Si v. V. Barba, *Norme applicabili agli uniti civili ed effettività della tutela successoria*, in R. Pane (a cura di), *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2017, p. 111 ss.
- 20 Tra le anomalie, mettendo a parte situazioni patologiche dipendenti da assenza anatomica dell'organo, mancanza o disfunzione dei testicoli, vasectomia, vaginismo, inadeguatezza o cecità della vagina, mancanza delle ovaie o delle tube, v'ha il caso dell'impotenza, la quale, mentre ha una certa rilevanza nel matrimonio, poca o nulla dovrebbe averne nella unione civile. Del resto nel matrimonio è soltanto con la riforma del 1975 che l'ipotesi ha perduto il carattere di autonomo rimedio, assumendo rilevanza come ipotesi di errore sulle qualità della persona, con la conseguenza che l'impotenza, *coeundi* o *generandi*, è divenuta rilevante soltanto se ignota all'altro coniuge prima delle nozze, se permanente e non temporanea, e se l'altro coniuge dà la prova che essa impedisce la vita coniugale. Particolare rilevanza, tra le anomalie assumono anche i casi di c.d. intersessualità, descrivendosi, con tale espressione, quelle persone i cui cromosomi sessuali, i genitali, o i caratteri sessuali secondari non sono esclusivamente definibili come maschili o femminili. Tali anomalie vanno dai soli eterosomi, allo sviluppo dei genitali, con una sintomatologia molto varia. Si discorre, quindi, di anomalie cariotipiche, oppure di stati intersessuali, tra i quali si considerano l'ermafroditismo, il pseudoermafroditismo maschile, il pseudoermafroditismo femminile, l'ovotestis, la disgenesia gonadica, la sindrome da insensibilità agli androgeni, oppure di alterazioni corticosurrenali, oppure, infine, di alterazioni dell'apparato urogenitale.
- 21 Più complesso il fenomeno delle deviazioni sessuali, soprattutto se si consideri che, attualmente, la stessa scienza medica ha sostituito all'espressione deviazione sessuale quella di "parafilìa"; parola con la quale si descrive, in genere, l'attrazione per un comportamento sessuale anormale o bizzarro. Con avvertimento che, affinché si possa diagnosticare una parafilìa, occorre che il comportamento sia protratto per almeno sei mesi, che si manifesti come la forma di sessualità esclusiva o prevalente del soggetto e che causi disagio clinicamente significativo, o una compromissione dell'area sociale, lavorativa, o di altre aree importanti della vita dell'individuo. Anche alla luce di queste considerazioni, si possono reputare, secondo la scienza medica, ipotesi di parafilìa rilevanti i casi di: esibizionismo, feticismo, frotteurismo, pedofilia, masochismo, sadismo, feticismo da travestimento, voyerismo, zoofilia, necrofilia, coprolalia, parzialismo, coprofilia, urofilia, clismafilia.
- 22 L'interpretazione del comma 20, considerando l'unitarietà del sistema, non potrebbe essere svolta senza adeguatamente considerare la Risoluzione sulla parità dei diritti degli omosessuali e delle lesbiche della comunità, approvata dal parlamento europeo in data 8 febbraio 1994, in G.U. C 61 del 28 febbraio 1994, p. 40. Va, tuttavia segnalato che la predetta risoluzione riguarda i diritti delle persone omosessuali, come singoli, mentre sembra prescindere dalle problematiche connesse all'esigenza di adottare una disciplina che consenta una tutela equivalente o corrispondente a quella matrimoniale. Così, anche nella parte della raccomandazione nella quale si chiede alla Commissione di presentare una raccomandazione sulla parità di trattamento delle persone omosessuali che, tra l'altro, ponga fine «a qualsiasi limitazione del diritto degli omosessuali di essere genitori, ovvero di adottare o avere in affidamento dei bambini», sembra riferirsi non tanto all'esigenza che gli stati adottino norme giuridiche che ammettano una coppia omosessuale all'adozione, ma eliminare ogni norme o superare ogni norma che precluda l'adozione o l'affidamento a una persona in ragione del suo orientamento sessuale.
- 23 R. Campione, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, in R. Campione, A. Figone, F. Mecenate, G. Oberto, *La nuova regolamentazione*, cit., p. 6.
- 24 G. Casaburi, *La disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso*, in G. Casaburi, I. Grimaldi (a cura di), *Unioni civili*, cit., p. 76.
- 25 M. Fiorini, M. Leo, *Il diritto*, cit., p. 37.

tivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti».

Tale norma è al centro di un vivace dibattito, perché essa è stata intesa dalla quasi totalità della dottrina come norma che serve per dire che: a) si applicano, ovunque contenute, purché fuori dal Codice civile e dalla legge sull'adozione, tutte le disposizioni normative che si riferiscono al matrimonio o che contengono le parole "coniuge", o "coniugi", o equivalenti; b) non si applicano le norme del Codice civile non espressamente richiamate; c) non si applicano le norme sull'adozione dei minori di cui alla legge 184 del 1983.

Dall'affermazione che non si applichino le norme del Codice civile non espressamente richiamate e la legge sull'adozione si è anche ricavato e si dovrebbe ricavare l'impossibilità di applicare queste norme in via analogica, dacché questa disposizione, per un verso, escluderebbe una lacuna e, per altro verso, si lascerebbe apprezzare come precisa scelta del legislatore votata a escludere l'applicazione delle norme del Codice che non siano espressamente richiamate e quelle della legge sull'adozione.

Sulla base di queste notazioni, mi pare chiaro che tra matrimonio e unione civile esista una differenza disciplinare che dipende, principalmente, dal combinarsi della tecnica regolamentare consistente nella della riformulazione del contenuto di disciplina e del noto comma 20, nella parte in cui sembra escludere, in via tassativa, precludendo, altresì, il ricorso alla analogia, l'applicazione delle norme del Codice civile non espressamente richiamate e le norme contenute nella legge sull'adozione.

Così, potrebbe dirsi che questa disciplina è diversa da quella matrimoniale, perché non si può impugnare per errore sulle qualità personali dell'altro, quando esso riguardi una anomalia, o deviazione sessuale; perché esclude tra i coniugi il dovere di collaborazione reciproca nell'interesse della famiglia e l'obbligo di fedeltà; perché parrebbe escludere la norma che non consente il generico riferimento agli usi e a leggi, ossia l'art. 161 c.c. (art. 1, comma 13); perché esclude le persone che hanno contratto unione civile dalla adozione legittimante²⁶.

Bisogna, però, accertare se sia, davvero, questa l'interpretazione che si deve offrire del comma 20 e se, realmente, queste norme non debbano trovare applicazione all'unione civile.

Occorre, riflettere sulla funzione del comma 20, dacché ho la sensazione che la sua interpretazione debba essere molto diversa da quella che, solitamente, si propone e, soprattutto, che non lasci fuori, come sembrerebbe, il tema dell'adozione²⁷. Ho la sensazione che un'interpretazione adeguata copra o possa coprire quello che è stato considerato un buco nel cuore di questa disciplina²⁸.

4. Unione civile e norme costituzionali

L'individuazione delle disposizioni che si applicano alle parti della unione civile avviene per il tramite, coordinato, di due criteri: l'uno che riguarda il contenuto delle disposizioni, l'altro le gerarchie normative.

Sotto il primo profilo, il legislatore stabilisce che l'applicazione agli uniti civili deve riguardare tutte le disposizioni normative che si riferiscono al matrimonio e tutte le disposizioni contenenti le parole "coniuge", "coniugi", o termini equivalenti. Sotto il secondo profilo, il legislatore stabilisce che l'applicazione agli uniti civili deve riguardare tutte le disposizioni contenute nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti, nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi.

Con riferimento al primo profilo, la circostanza che il legislatore abbia utilizzato l'espressione verbale «che si riferiscono» ha una valenza ragguardevole, dacché vale a individuare le disposizioni normative in relazione al loro contenuto precettivo, indipendentemente dalla circostanza che nel testo compaia, o no, la parola matrimonio²⁹.

26 Assumerei già per risolto il problema dell'adozione in casi speciali, sebbene all'esito del mio discorso questo profilo meriterebbe di essere rivisitato, perché le persone unite possono ricorrere all'adozione in casi speciali non secondo la lett. D, ma secondo la lett. A.

27 Si v. V. Barba, *Unione civile e adozione*, in *Famiglia e diritto*, 2017, p. 381 ss.

28 Così, A. Schillaci, *Un buco nel cuore. L'adozione coparentale dopo il voto del Senato*, cit., p. 1.

29 Potrebbero darsi, cioè, disposizioni normative, nelle quali, pur non comparando mai la parola matrimonio, nondimeno sia indubitabile che essa riguardino il matrimonio, o il rapporto nascente dal matrimonio e, dunque, non potrebbe revocarsi in dubbio che essa debbano potersi applicare anche alle persone unite civilmente. Non è, dunque, rilevante, ai fini di verificare

Con riferimento al secondo profilo, non potendosi dubitare che l'espressione "legge" debba evocare quella in senso stretto o formale, deve stabilirsi se il legislatore abbia inteso limitare il riferimento alla sola legge "ordinaria", oppure se abbia inteso far riferimento anche alle leggi costituzionali³⁰, nonché alle leggi sovranazionali.

La prima risposta che una tale domanda sollecita, potendo apparire perfino retorica, è che il legislatore non possa che essersi riferito alla sola legge ordinaria. A ragionare diversamente, infatti, si potrebbe giungere a una conclusione paradossale. Si dovrebbe, infatti, ammettere che una legge ordinaria (ossia la legge sulle unioni civili), nella misura in cui ammetta che una disposizione costituzionale riferita al matrimonio possa essere estesa anche alle persone unite civilmente, finisce, sostanzialmente, per modificare una legge costituzionale. Ciò importerebbe una sovversione della gerarchia normativa formale, dacché una legge ordinaria, anche successiva, non può incidere o modificare una legge di rango superiore e, in specie, una legge costituzionale.

Sebbene quest'argomento sia senz'altro convincente e non vi sia alcuno che non possa dividerlo, nondimeno credo possibile, spostando l'attenzione dalla gerarchia materiale alla gerarchia assiologica³¹, svolgere qualche considerazione ulteriore³², che apre, in una qualche misura, a una maggiore e più ragionevole interferenza tra legge ordinaria e legge costituzionale.

Non si tratta, infatti, di accertare se la legge ordinaria possa modificare la Costituzione, dacché, posto in questi termini, il problema non può che ricevere una soluzione di segno negativo, bensì di valutare se la legge ordinaria non contenga delle norme che siano, esse stesse, espressione di princîpi

l'applicabilità della disposizione normativa agli uniti civili, se, nel suo testo, compaia una o altra parola, ma soltanto che abbia un contenuto precettivo riferibile al matrimonio. In questa prospettiva, non è stato, neppure, necessario porre una precisazione in termini di equivalenza della parola. Se nella disposizione compare, infatti, un sinonimo di matrimonio, quale, a esempio, nozze, non v'ha dubbio che quella disposizione debba essere applicata, giacché sia la parola matrimonio, sia qualunque altro sinonimo, da un punto di vista concettuale, si riferiscono, pur sempre, al matrimonio. Secondo quest'ottica, avere precisato che sono applicabili anche le disposizioni che contengono la parola "coniuge", "coniugi" o altra equivalente, sembrerebbe perdere di rilevanza, dacché, se sono applicabili agli uniti civili tutte le disposizioni normative che, genericamente, si riferiscono al matrimonio, *a fortiori*, dovrebbero essere applicabili tutte le disposizioni normative nelle quali compaia una parola che, direttamente o indirettamente, evochi la riferibilità della disposizione al matrimonio stesso. La precisazione, tuttavia, è servita e serve a evitare che qualche giurista, incatenato dentro la logica dell'interpretazione strettamente letterale, possa azzardare che una disposizione normativa che contenga, espressamente, la parola coniuge o coniugi, non si possa considerare riferibile al matrimonio e, perciò, non sia applicabile alle persone che hanno contratto l'unione civile. A evitare questo rischio, il legislatore precisa, allora, che l'applicazione, alle persone unite civilmente, concerne non soltanto le disposizioni che si riferiscono al matrimonio, ma anche tutte le disposizioni contenenti le parole "coniuge" o "coniugi" o altre equivalenti, con l'avvertenza che l'espressione "parole equivalenti" è capace di comprendere qualunque sinonimo e, dunque, sposo, sposa, marito, moglie, senza che l'uso di una o altra parola possa discriminare tra disposizioni applicabili e no alle persone che abbiano contratto l'unione civile.

- 30 Per tutti, V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, *Le fonti normative*, 4ª ed., Padova, Cedam, 1976, p. 61, il quale chiarisce che le «leggi» in senso stretto o formale si articolano in tre categorie fondamentali: leggi «ordinarie», leggi «di revisione della Costituzione» e «altre leggi costituzionali».
- 31 Sul concetto di gerarchie normative, R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 121 ss.; Id., *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 41 ss., 233-238; G. Pino, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa 2016, p. 169 ss.; Id., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, pp. 40-50. Movendo dalla ricostruzione convincentemente ed efficacemente proposta da Pino, si distingue tra gerarchie strutturali, materiali e assiologiche. Una gerarchia strutturale è una relazione tra una norma e una disposizione, in base alla quale l'ultima deve essere prodotta secondo il procedimento descritto dalla prima. La gerarchia materiale è la relazione tra due norme, retta dall'esistenza di una terza norma che dispone l'invalidazione o l'annullamento della norma inferiore, quando sia in contrasto con quella superiore. La gerarchia assiologica è la relazione tra due norme tale per cui una è reputata più importante rispetto all'altra, sicché si applica con preferenza, senza che ciò comporti l'annullamento della prima.
- 32 Per tutti, sulla dimostrazione che, in forza del principio di legalità deve darsi prevalenza al criterio assiologico, P. Perlingieri, *Il principio di legalità nel diritto civile*, cit., p. 195, ora in Id., *Interpretazione e legalità costituzionale*, cit., p. 104, «d'altro canto, la gerarchia tra norme cede, in ragione del principio di legalità, dinanzi alla gerarchia assiologica. Se, ad esempio, un regolamento governativo garantisce la tutela della persona in misura maggiore rispetto a una legge statale o regionale (gerarchicamente sovraordinate), è comunque il principio a dover trovare applicazione. In tale ipotesi, il criterio della gerarchia delle fonti imporrebbe la prevalenza della disposizione legislativa; il ricorso al differente criterio della gerarchia dei valori – imposto dalla primazia della Costituzione – rivelerebbe, invece, un *favor* per le norme del regolamento. In questa seconda ipotesi, in realtà, troverebbe applicazione la disciplina regolamentare unitamente al (*rectius* in combinato disposto con il) principio costituzionale di riferimento del quale è attuazione specificativa, senza che possa addursi la violazione del criterio di gerarchia tra le norme». L'A. chiarisce, peraltro, che non si tratta, neppure, di sovvertire la c.d. gerarchia formale, bensì di assumere consapevolezza che, tramite un'interpretazione sistematica, la legge di grado sott'ordinato opera in combinato disposto con il principio costituzionale.

costituzionali, la cui applicazione alle persone unite civilmente si rende, in via sistematica, indispensabile e necessaria.

Non si tratta, dunque, di verificare se la legge ordinaria possa modificare la Costituzione, bensì di verificare se la legge non veicoli, essa stessa, un principio costituzionale che deve trovare applicazione, in combinato disposto con quella.

Movendo da questa prospettiva, non credo che si possa escludere che principi costituzionali dettati con riferimento al matrimonio, o regolativi dei rapporti nascenti, tra le parti, dal matrimonio, debbano essere applicati anche all'unione civile.

Un esempio può aiutare e il riferimento corre proprio alla disposizione normativa recata all'art. 29 Cost.

Per semplificare il discorso, si consideri la disposizione recata al secondo comma, a mente del quale «il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare»³³.

Ebbene, dal mio punto di vista, non v'ha dubbio che questo principio non soltanto può, ma, addirittura, deve, essere applicato anche alle persone unite civilmente, dacché è inevitabile affermare l'esistenza di un principio secondo cui «l'unione civile deve essere ordinata sulla eguaglianza morale e giuridica delle persone unite civilmente, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare»³⁴.

Reputerei inaccettabile un'interpretazione che volesse mancare di riconoscere che l'unione civile, ormai divenuta parte integrante del nostro sistema ordinamentale, non debba essere retta da tale principio di eguaglianza e, dunque, che l'art. 29, comma 2, Cost., esprima un principio valevole soltanto per le persone che abbiano contratto matrimonio, ma non anche per le persone che abbiano contratto unione civile.

Non si tratta di affermare che una legge ordinaria può modificare una legge costituzionale, ossia che la legge sull'unione civile ha modificato la Costituzione, ma di prendere atto che la legge ordinaria veicola essa stessa quel principio costituzionale, che, secondo un'interpretazione sistematica, deve trovare applicazione al nuovo istituto³⁵.

Soluzione sostanzialmente analoga, pur con qualche precisazione, deve formularsi con riguardo al principio recato all'art. 29, comma 1, Cost.³⁶, il quale stabilisce che la «Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio». Inutile, infatti, sarebbe distinguere e dividere, se soltanto si consideri che la legge, espressamente, ha già riconosciuto la rilevanza dell'unione civile come formazione sociale, nella quale le persone sviluppano la propria personalità. Per escludere l'applicazione di questo principio alle persone che hanno contratto un'unione civile, si dovrebbe affermare che l'unione civile è fonte di una formazione sociale di natura non familiare. Il che, tuttavia, non è possibile. L'unione civile è una formazione sociale caratterizzata da una comunione materiale e spirituale di vita, che non può che essere di tipo familiare³⁷.

Il che significa che la nostra Repubblica, la quale riconosce i diritti della famiglia, ossia delle formazioni sociali caratterizzate dalla comunione materiale e spirituale di vita, riconosce e garantisce i diritti della famiglia sia qualora essa trovi fonte nel matrimonio, sia quando risulti fondata sull'unione civile.

La svolta, pur se epocale, è inevitabile.

Non può essere, certamente, un'interpretazione attenta alla gerarchia formale, ma non a quella assiologica a poterla arrestare.

33 Di tenore analogo è la norma di cui all'art. 5 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo.

34 Si consideri, per altro la disciplina di cui al comma 11 della l. 76/2016, la quale recepisce esplicitamente tale principio.

35 Il problema, sotto il profilo sollevato dalla norma d'interpretazione, viene svolto e risolto in modo convincente da P. Virgadamo, «Interpretazione autentica» e diritto civile intertemporale, Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 2012, pp. 184 s., 209.

36 R. Pane, *L'adozione piena dei minori tra vecchi e nuovi problemi. Spunti di riflessione in tema di omogenitorialità*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, p. 467 s., «l'espressione società naturale non impone al legislatore di escludere aprioristicamente ogni tipo di regolamentazione giuridica per forme di unioni tra persone dello stesso sesso o di relegarle verso forme di tutela meno pregnanti, anche in considerazione che tali modelli familiari scaturiscono dal libero esercizio di diritti fondamentali della persona»; anche Id., *Unioni same-sex e adozione in casi particolari*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2017.

37 Così chiaramente, da tempo, R. Pane, *L'adozione piena*, cit., p. 454, «giòva sottolineare che il pluralismo familiare non è ignoto ai principi del nostro ordinamento. Da una lettura sistematica degli artt. 29 e 30 in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 Cost. emerge un'idea articolata di comunità familiare, tale da non lascia supporre che soltanto attraverso l'atto matrimoniale si possano realizzare finalità di tipo familiare e, al contempo, perseguire scopi meritevoli di tutela, attuativi di valori costituzionalmente garantiti». Id., *Unioni same-sex*, cit., nel quale contesta l'impianto complessivo della nuova legge sull'unione civile in ragione del suo ruotare, quasi esclusivamente, su profili di tipo patrimoniale, sacrificando il momento relazionale e d'impegnatività sul piano familiare della coppia.

5. Unione civile e comma 20: verso una disciplina unitaria

Ciò detto occorre verificare se il comma 20 abbia la forza e la capacità di lasciare fuori dall'unione civile le disposizioni del Codice civile non espressamente richiamate e di impedirne, altresì, la applicazione c.d. analogica³⁸.

Il comma 20 si suddivide in due parti.

Nella prima stabilisce che tutte le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti la parola 'coniuge' o altra equivalente, ovunque ricorrano nelle leggi, nei regolamenti, negli atti amministrativi, nei contratti collettivi si applicano anche alle persone che hanno contratto un'unione civile. Nella seconda parte stabilisce che ciò non vale per le disposizioni di legge contenute nel Codice civile e non espressamente richiamate e nella legge 4 maggio 1983, n. 184, ossia la legge sull'adozione.

Non si tratta di una norma che definisce l'estensione di significato della parola matrimonio o della parola 'coniuge' o altre equivalenti, comprendendo quella di unione civile o di persone che hanno contratto un'unione civile, né di una norma di pura interpretazione, bensì di una norma di produzione normativa.

A me pare che la prima parte del comma 20, secondo un meccanismo simile a quello descritto nell'art. 1324 c.c.³⁹, ha, sostanzialmente, generato, senza che l'interprete sia stato costretto a verificarne l'esigenza nel singolo caso, un complesso di norme *prima facie*⁴⁰ applicabili, in via immediata e diretta, alle persone che hanno contratto un'unione civile⁴¹. Il comma 20 crea delle norme applicabili alle persone che hanno contratto un'unione civile di contenuto identico a talune disposizioni concernenti il matrimonio o contenenti la parola coniuge o altra equivalente. La creazione di queste norme si risolve nella loro applicabilità *prima facie* alle persone che hanno contratto un'unione civile, senza necessità che l'interprete debba valutarne la necessità o l'esigenza.

La circostanza che il comma 20 abbia la funzione di innovare il sistema ordinamentale, mediante la previsione di un complesso di nuove norme applicabili *prima facie* agli uniti civili e di contenuto sostanzialmente identico a quelle che si riferiscono al matrimonio, nulla toglie alle tecniche ermeneutiche e, dunque, al procedimento attraverso il quale l'interprete giunge a individuare l'ordinamento del caso

38 Per uno svolgimento più compiuto, si veda, V. Barba, *Le norme applicabili alle persone unite civilmente*, cit., p. 143 ss.; Id., *Le norme, relative al coniuge, applicabili alle persone unite civilmente*, cit., p. 521 ss.; Id., *Norme applicabili agli uniti civili ed effettività della tutela successoria*, cit., p. 111 s.

39 V. N. Irti, *Per una lettura dell'art. 1324 c.c.*, in *Rivista di diritto civile*, 1994, I, p. 560 s. Ma, sul criterio della compatibilità, di recente, con soluzioni e argomenti pienamente condivisibili, A. Alpini, *Compatibilità e analogia nell'unità del procedimento interpretativo. Il c.d. rinvio «in quanto compatibili»*, in *Rassegna di diritto civile*, 2016, p. 701 ss. L'A. chiarisce che "compatibilità" e "analogia", potevano avere spazi applicativi differenti nella prospettiva segnata da una teoria dell'interpretazione pre-costituzionale, esclusivamente fondata sul meccanismo del sillogismo e sulla tecnica della sussunzione. In una prospettiva moderna che, prende consapevolezza della modificazione del sistema delle fonti, del radicale mutamento determinato dall'approvazione della Costituzione e della necessità di una teoria dell'interpretazione sistematica, assiologica e di controllo, non vi è più spazio per questa distinzione.

40 G. Pino, *Teoria*, cit., p. 137, «in maniera pressoché tautologica, applicabilità *prima facie* di un atto normativo o di una norma vuol dire che vi sono ragioni *prima facie* per applicare quell'atto normativo o norma: in altre parole, quell'atto normativo o norma si presume applicabile. Applicabilità conclusiva significa che vi sono ragioni conclusive per applicare quell'atto normativo o norma: esaminate e superate eventuali considerazioni contrarie, l'interprete conclude che ai fini della decisione del caso debba essere applicato un certo atto normativo o norma, e non un altro. Il passaggio dall'applicabilità *prima facie* all'applicabilità conclusiva è raffigurabile come la ricerca di un equilibrio riflessivo, che termina quando l'interprete ritiene di aver vagliato in maniera soddisfacente tutti i fattori rilevanti».

41 La circostanza che il comma 20 abbia la funzione di innovare il sistema ordinamentale, mediante la previsione di un complesso di nuove norme applicabili *prima facie* agli uniti civili e di contenuto sostanzialmente identico a quelle che si riferiscono al matrimonio e a quelle che contengono la parola coniuge o altra equivalente, nulla toglie alle tecniche ermeneutiche e, dunque, al procedimento attraverso il quale l'interprete giunge a individuare l'ordinamento del caso concreto. L'applicabilità *prima facie* non necessariamente coincide con l'applicabilità *conclusiva* (N. McCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1978, p. 155 ss.), dacché quest'ultima passa, di necessità, attraverso la valutazione dell'interprete, ossia dai criteri e meta-criteri di applicabilità, che, come è noto, rinviano alla ideologia delle fonti del diritto (G. Pino, *Teoria*, cit., p. 154 s.). L'applicazione della regola non dipende dalla mera e sola circostanza che sia accaduto un fatto rispondente (*rectius*: simile) a quello descritto nella fattispecie, bensì dalle condizioni di applicabilità della norma. Le quali, secondo la teoria ermeneutica, che mi pare preferibile, dipendono non soltanto dalla rispondenza (*rectius*: somiglianza) strutturale del fatto alla fattispecie (più o meno determinata), ma anche e, soprattutto, dalla valutazione della ragion sufficiente della norma in relazione agli interessi coinvolti. L'interprete è tenuto a compiere sempre un controllo di compatibilità, adeguatezza e congruenza della disciplina agli interessi coinvolti, esplicitando le proprie scelte, di modo che la decisione sia sempre verificabile e, dunque, garantita la certezza del diritto, che non può essere ridotta alla sola ripetitività di una soluzione.

concreto. La circostanza che esista una norma *prima facie* applicabile alle persone che hanno contratto un'unione civile non significa che essa debba, di necessità, essere loro applicata, dacché l'applicabilità conclusiva dipende dai criteri e meta criteri d'interpretazione, i quali rinviano all'ideologia delle fonti del diritto⁴². Resta inteso, però, che la prima parte del comma 20 ha la funzione di creare norme *prima facie* applicabili alle persone unite civilmente e di contenuto identico a quelle relative al matrimonio.

Rimane da intendere la seconda parte del comma 20, il quale è stato interpretato, fin qui, come una norma che impedisce l'applicazione alle persone unite civilmente delle norme del Codice civile non espressamente richiamate, oltre che della legge sull'adozione.

Tale ricostruzione non credo che possa essere condivisa e merita, dal mio punto di vista, di essere sottoposta a severo vaglio critico.

A ben considerare l'andamento di tale regola, è facile avvertire che esso non pone una condizione negativa di applicazione delle disposizioni del Codice civile non espressamente richiamate e della legge sull'adozione, bensì una condizione negativa di applicazione del meccanismo descritto nella sua prima parte.

In altri termini, la seconda parte del comma 20 non stabilisce che «le disposizioni del Codice civile non espressamente richiamate e la legge sull'adozione non si applicano agli uniti civilmente», bensì che «il meccanismo normo-genetico (descritto nella prima parte) non si applica alle disposizioni del Codice civile non espressamente richiamate e alla legge sull'adozione».

Sulla scorta di questo ragionamento, ciò che il comma 20 preclude è soltanto il meccanismo normo-genetico che, invece, opera rispetto a tutte le altre disposizioni normative concernenti il matrimonio, o contenenti la parola coniuge o equivalente, ovunque ricorrano nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti, nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi.

La circostanza che il legislatore abbia escluso che il meccanismo normo-genetico possa concernere le disposizioni del Codice civile, ossia che l'interprete non trovi delle norme (di contenuto identico a quelle del Codice civile) *prima facie* applicabili alle persone unite civilmente, non significa che, all'esito del procedimento d'interpretazione, quelle norme del Codice civile non possano essere applicate in via conclusiva. Com'è possibile che una regola applicabile *prima facie*, risulti all'esito del procedimento di interpretazione non applicabile in via *conclusiva*, all'inverso è ben possibile che una regola non applicabile al caso *prima facie*, sia, all'esito del procedimento di interpretazione, applicabile in via *conclusiva*⁴³.

42 Un esempio può aiutare la comprensione. Esiste una norma che impedisce all'istituto bancario di dare informazioni al coniuge del cliente che non abbia una precisa delega. Per effetto della norma di cui al comma 20, si dà nel nostro ordinamento una norma giuridica, di contenuto identico, riferibile alle persone che hanno contratto un'unione civile. Al fine di stabilire se tale norma debba essere applicata nel caso concreto, non basta limitarsi ad accertare che un soggetto abbia chiesto informazioni bancarie relative alla posizione del proprio unito, ossia che ricorra un fatto *prima facie* riducibile a quello. Bisogna, infatti, verificare se questa norma debba *conclusivamente* essere applicata oppure resa defettibile, valutando il caso concreto ed esercitando un controllo di compatibilità, adeguatezza e congruenza della disciplina agli interessi coinvolti. Nell'ipotesi in cui la richiesta fatta alla banca servisse per soddisfare una curiosità del richiedente, o un interesse meramente patrimoniale, che deve considerarsi soccombente rispetto a quello protetto dalla norma, non v'ha dubbio che essa debba (sia che si tratti di coniuge, sia che si tratti di unito civilmente) trovare, senz'altro, applicazione, dovendosi considerare la conseguenza prevista dalla norma (ossia il rifiuto di fornire informazioni) adeguata e congruente rispetto agli interessi coinvolti nel caso. Diversamente, qualora l'informazione fosse chiesta perché indispensabile al fine di tutelare la salute o la vita della persona a cui l'informazione si riferisca, la norma deve considerarsi defettibile, dacché il principio che tutela la riservatezza bancaria, di cui questa norma è espressione, è soccombente rispetto al principio che tutela la vita della persona.

43 Tra una disposizione di legge concernente il matrimonio contenuta nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti, nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi e una disposizione di legge contenuta nel Codice civile (e non espressamente richiamata) esiste, rispetto alla loro applicabilità alle persone che abbiano contratto un'unione civile, soltanto una differenza di misura. Nel primo caso, il comma 20 ha sostanzialmente creato delle norme di contenuto identiche a quelle concernenti il matrimonio, applicabili *prima facie* alle persone che hanno contratto un'unione civile. In presenza di tali norme, già introdotte nel nostro sistema ordinamentale, l'interprete è tenuto a verificare se, nel singolo caso concreto, esse siano applicabili, non soltanto *prima facie*, ma anche in via *conclusiva*, ossia se e quali di esse concorrano a determinare l'ordinamento del caso concreto. L'interprete è tenuto non tanto a giustificare l'applicazione di quella norma, dacché essa è applicabile al caso *prima facie*, quanto, piuttosto, la sua disapplicazione, quando, avendo riguardo alla sua funzione e agli interessi del caso concreto, la sua applicazione non superi il controllo di compatibilità, adeguatezza e congruenza. In altri termini, alla presenza di una norma, *prima facie* applicabile alle persone unite civilmente, l'interprete è chiamato più a dover giustificare la sua eventuale defettibilità, che non a giustificare la sua applicazione. Per semplificare, e nella consapevolezza che ogni interpretazione applicativa reclama sempre un'adeguata e congrua giustificazione, si potrebbe affermare che, in presenza di una norma applicabile *prima facie* agli uniti civili, il giurista sia tenuto ad argomentare più la sua disapplicazione che non la sua applicazione. Diversamente, nel caso di una norma che non sia *prima facie* applicabile alle persone unite civilmente (in ragione della preclusione del meccanismo normo-genetico, posta dal comma 20, seconda parte) l'interprete è tenuto a giustificare la sua applicazione 'analogica', ossia a dimostrare, avendo riguardo al conflitto di interessi che essa compone, alla ragion sufficiente della norma, al principio di cui essa è espressione, bilanciando quest'ultimo con gli altri principi even-

Affermare che la seconda parte del comma 20 esprime una norma che si limita a escludere il funzionamento del meccanismo normo-genetico (descritto nella prima parte) rispetto alle disposizioni del Codice civile, consente di respingere l'idea che esista una deliberata scelta legislativa volta a escludere che le norme del Codice civile, non espressamente richiamate dalla legge, siano applicabili alle persone unite civilmente. Elide, in via definitiva, il preconconcetto normativo che il legislatore avrebbe inteso impedire o interdire la possibilità di applicare analogicamente alle persone unite civilmente le disposizioni contenute nel Codice civile.

Si conferma che l'analogia non è un metodo interpretativo-integrativo alternativo, bensì un modo di applicazione dei princípi. In questo senso la disciplina in parola diventa straordinariamente significativa per comprendere non soltanto il superamento dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale⁴⁴, come autorevole dottrina ha insegnato da anni⁴⁵, ma, soprattutto, che ogni interpretazione a fini applicativi⁴⁶ è, di per sé stessa e per definizione, analogica, in guisa che l'interprete non ricorre all'analogia quando un caso non possa essere deciso da una precisa disposizione di legge, ma ogni qual volta debba fare applicazione di una qualunque norma giuridica⁴⁷.

È possibile applicare una norma a un fatto al quale detta norma non sia, *prima facie* applicabile, non tanto perché esista una somiglianza strutturale tra il fatto regolato e il fatto non regolato, ma perché esiste una medesima esigenza di composizione degli interessi in conflitto. Ciò che conta, ai fini dell'applicazione analogica, è che il principio espresso dalla regola del caso *prima facie* regolato sia applicabile anche a un altro (per l'appunto simile), sul quale quel principio incide allo stesso modo.

In questo senso è chiaro che l'applicazione analogica non è altro che un modo di applicazione dei princípi, poiché si risolve nell'applicazione di un medesimo principio a due casi. Non si procede mai per identità tra fatto e norma, ma sempre e soltanto per somiglianza⁴⁸.

tualmente in concorso nel singolo caso, che essa debba essere applicata, ancorché non sia *prima facie* applicabile alle persone che hanno contratto un'unione civile. L'interprete è tenuto a dimostrare che la regola, pur *prima facie* inapplicabile al caso, è *conclusivamente* idonea a regolare quel caso, perché è espressione di un principio che deve trovare applicazione, in guisa che l'ordinamento del caso concreto debba essere determinato attraverso l'applicazione di una regola analoga.

44 Secondo P. Grossi, *La formazione del giurista*, cit., p. 47, si tratta di una "reliquia" del mondo di ieri.

45 P. Perlingieri, *Produzione scientifica e realtà pratica*, cit., p. 455, e in Id., *Scuole tendenze e metodi*, cit., p. 3 ss.; Id., *Interpretazione e qualificazione*, cit., p. 826 ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti* (1983), 3° ed., Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2006, p. 341 ss.; Id., *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologia. Il brocardo in claris non fit interpretatio*, cit., p. 990 e in Id., *Scuole tendenze e metodi*, cit., p. 275; Id., *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1992; Id., *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, cit., p. 802 ss.; Id., *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rassegna di diritto civile*, 2005, p. 188 ss.; Id., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 317; Id., *Interpretazione e legalità costituzionale*, cit.. Un'esautiva ed efficace ricostruzione, con ampí riferimenti di dottrina e giurisprudenza, sull'evoluzione del diritto civil-costituzionale, si deve a M. Pennasilico, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in *Rassegna di diritto civile*, 2011, p. 840 ss.

46 P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., pp. 369 s., 604, 618 s., 613, 855. Nell'introduzione, a p. XI, si legge: che l'interpretazione «a fini applicativi consente di presentare, nonostante la pluralità delle fonti e dei poteri normativi, l'ordinamento giuridico come unitario anche se complesso, quale risultato dell'insieme delle applicazioni; in un approccio sistematico volto a valutare l'impatto del fatto singolo nel sistema degli interessi e dei valori giuridicamente rilevanti, sapendo cogliere tra essi quelli prevalenti e sapendo realizzare gli opportuni bilanciamenti alla luce del principio di ragionevolezza insito nel sistema».

47 Nessun fatto è esattamente rispondente a quello puramente descritto nella norma e ove pure il giurista dovesse applicare a un caso una singola norma, si tratterà pur sempre di un'applicazione analogica, ossia di un'applicazione per somiglianza e differenza, non potendosi dare un accadimento esattamente rispondente a una fattispecie normativa ed essendo possibile applicare una certa norma a un certo caso sempre in via di analogia, ossia spogliando il caso di talune delle sue particolarità, allo scopo di renderlo conforme (*rectius*: quanto più simile) al modello di fatto descritto nella norma.

48 Non soltanto perché è storicamente impossibile ipotizzare la ripetitività di un fatto, ma, soltanto, ipotizzabile l'accadimento di una pluralità di fatti, tra loro, simili, ma anche perché è impossibile che accada un fatto identico a quello descritto in una fattispecie. Per quanto il singolo fatto possa essere facilmente riconducibile a quello descritto in una fattispecie, non si potrà mai ipotizzare un'identità, ma sempre e soltanto una somiglianza, sicché non si potrà mai dare applicazione diretta, ma sempre applicazione analogica, potendosi soltanto dare uno scarto, più o meno intenso, nel giudizio di approssimazione ed errore. Ogni qualificazione del fatto avviene sempre per somiglianza, spogliando il fatto di alcune delle sue note peculiari, affinché esso risulti rispondente (*rectius*: simile) a quello descritto nella fattispecie. Ogni applicazione normativa è analogica, potendosi, soltanto, graduare l'intensità del processo analogico riguardo allo scarto esistente tra la disposizione normativa e la norma applicata al caso concreto, verificando se esista uno scarto minimo o massimo. Con intesa che anche quando esista uno scarto minimo, si tratterà, pur sempre, di applicazione analogica, perché il caso descritto non potrà mai, per definizione, e in ragione delle sue particolarità, essere esattamente rispondente a quello descritto nella norma. Al pari di com'è impossibile -considerando le diversità temporali, spaziali e soggettive- che accadano due fatti identici tra loro. Dal metodo della sus-

Se ragioniamo così, non soltanto credo che debbano trovare applicazione all'unione civile le norme apparentemente escluse, sicché sarebbe irragionevole pensare che l'unione non possa essere impugnata per una parafilia, che gli uniti non abbiano l'obbligo di cooperare o di essere fedeli, ma soprattutto, che non esista, neppure un ostacolo logico all'applicazione della disciplina sull'adozione legittimante alle persone unite civilmente, al pari di come non vi dovrebbe essere nessuno ostacolo all'applicazione alla persone unite civilmente della norma di cui all'art. 44, lett. A della legge sull'adozione⁴⁹.

È, certamente, beninteso che altra è l'applicazione conclusiva di una norma che regola i rapporti tra le parti, altra è l'applicazione conclusiva di una norma che riguarda l'adozione. La differenza è mediata dall'interesse del minore. Nel momento in cui studi seri e condivisi affermano che dal punto di vista del minore, anche avuto riguardo alla sua relazione con tutti gli altri e al suo modo di relazionarsi nella società, sia concretamente 'indifferente' vivere in un ambiente familiare governato da una coppia di persone omosessuali o di persone eterosessuali, non mi pare che si possano dare seri ostacoli ad ammettere, che le persone unite civilmente possano accedere all'adozione legittimante⁵⁰. Con intesa che il

sunzione si deve trascorrere al metodo della qualificazione del fatto, il quale presuppone un giudizio non tanto e non soltanto fondato sulle note strutturali, quanto e soprattutto su quelle funzionali, avendo riguardo al conflitto d'interessi composto, alla ragione sufficiente della norma e all'esito di un controllo di compatibilità, adeguatezza e congruenza della disciplina agli interessi coinvolti. Soltanto in questo modo è possibile evitare un diritto caratterizzato da incertezza e incalcolabilità e, al contempo, l'individuazione di soluzioni che siano adeguate e ragionevoli, facendo del giurista un interprete responsabile del nostro tempo.

49 Per un maggiore sviluppo del ragionamento, si v. V. Barba, *Unione civile e adozione*, cit., p. 381 ss. In questa prospettiva, la regola secondo cui «la disposizione di cui al periodo precedente non si applica [...] alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184», non esclude l'applicabilità di questa legge alle unioni civili, e, dunque, non esprime la volontà del legislatore di escludere, a priori e definitivamente, l'applicabilità di questa disciplina alle persone che hanno contratto un'unione civile, ma si limita a escludere il funzionamento del meccanismo normo-genetico rispetto alla legge sull'adozione, ossia pone una norma dal seguente tenore: «il meccanismo normo-genetico (descritto nella prima parte) non si applica alle disposizioni della legge sull'adozione». Impedisce, soltanto, che il nostro sistema ordinamentale sia, immediatamente, arricchito di una pluralità di norme applicabili alle persone che hanno contratto un'unione civile di contenuto identico alle disposizioni normative recate nella legge 4 maggio 1983, n. 184 e riferibili ai coniugi. Impedisce, cioè, che il sistema ordinamentale sia arricchito di una pluralità di norme di contenuto identico a quelle contenute nella legge sull'adozione, applicabili *prima facie* alle persone che hanno contratto un'unione civile. La circostanza che la seconda parte del comma 20 impedisca l'arricchimento del sistema ordinamentale con queste norme, non esclude, però, in astratto, che esse possano essere applicate in via analogica alle persone che hanno contratto un'unione civile. Nel momento in cui si postula che la seconda parte del comma 20 ha la sola funzione di arrestare il meccanismo normo-genetico, si emargina l'idea che esista una precisa volontà legislativa orientata a inibire l'applicazione di queste norme alle persone unite civilmente e, dunque, cade l'argomento principe che ostacola il ricorso all'analogia, tradizionalmente intesa. Respingendo, infatti, l'idea che la disposizione in commento possa esprimere una volontà legislativa orientata a rifiutare l'applicabilità alle persone che hanno contratto un'unione civile delle norme sull'adozione, deve affermarsi che un eventuale caso nel quale si possa fare questione di adozione da parte di persone unite civilmente sia privo di una disciplina e, dunque, che si dia una lacuna. Il veto posto dalla seconda parte del comma 20 impedisce che il sistema ordinamentale si arricchisca di una disciplina sull'adozione che sia *prima facie* applicabile alle persone che hanno contratto un'unione civile, senza postulare che esista una volontà legislativa spiegata a escluderne deliberatamente l'applicabilità. In assenza di un complesso di norme (*rectius*: una disciplina) sull'adozione, applicabili *prima facie* alle persone unite civilmente, l'interprete che voglia giungere ad affermarne l'applicabilità *conclusiva* deve giustificare quest'affermazione.

50 Così, V. Barba, *Unione civile e adozione*, cit., p. 381 ss. Il discorso deve svolgersi lungo due linee autonome, discernendo l'ipotesi segnata all'art. 44, comma 1, lett. b), ossia l'adozione del minore che sia figlio, anche adottivo, dell'altro «coniuge», dall'ipotesi segnata all'art. 44, comma 1, lett. d), ossia l'adozione del minore quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo. La prima delle due ipotesi solleva un problema di applicazione c.d. analogica, dacché impone di stabilire se il principio espresso dalla norma, avuto riguardo alla sua ragione sufficiente, alla sua funzione, all'interesse del minore e tenuto conto delle ragioni di questo tipo d'adozione, possa valere anche per le persone unite civilmente e, dunque, per consentire all'unito civile l'adozione del minore che sia figlio, anche adottivo, dell'altro. Sul punto è ovvio che si debbano, di massima, svolgere considerazioni analoghe a quelle che sono state svolte rispetto all'adozione legittimante, con la conseguenza che dovrebbe ammettersi, senza dubbio alcuno, questa possibilità. Radicalmente diversa è, invece, l'ipotesi di cui all'art. 44, comma 1, lett. d), alla quale sembra, inequivocabilmente, essersi voluto riferire il legislatore nell'ultimo inciso del comma 20, L. 76/2016, quando fa salvo quanto sia già consentito e previsto in materia di adozione. Si tratta di un'ipotesi di adozione in casi particolari, alla quale è possibile far luogo quando vi sia la «constatata impossibilità di affidamento preadottivo» e costituisce l'ipotesi attraverso la quale, sino a oggi, la nostra giurisprudenza ha, sostanzialmente, consentito l'adozione da parte di coppie formate da persone dello stesso sesso. Diversamente dal caso descritto alla lett. b), nel quale vi è un esplicito riferimento al «coniuge», quest'ipotesi, non facendo alcun riferimento al matrimonio, o a persone coniugate, ma soltanto all'impossibilità di far luogo a un affidamento preadottivo, non impone di valutare se possa essere applicata, analogicamente, alle persone che hanno contratto un'unione civile, ma soltanto d'intendere quale sia il perimetro coperto da questa disciplina. Su sollecitazione della nostra migliore dottrina, la giurisprudenza ha offerto una interpretazione estensiva della norma, affermando che l'espressione «constatata impossibilità di affidamento preadottivo» deve riferirsi non soltanto ai casi di impossibilità di fatto,

controllo sulla capacità della coppia di accedere all'adozione deve, comunque, essere svolto in concreto, dovendosi verificare che la coppia sia "affettivamente idonea e capace di educare, istruire e mantenere i minori". A maggior ragione questo discorso deve essere fatto rispetto all'adozione in casi particolari, nei quali si tratta di riconoscere un rapporto giuridico di filiazione, quando esiste già, un vincolo affettivo e il minore è spesso già inserito in quel determinato contesto familiare.

Se così è, matrimonio e unione civile hanno nel nostro ordinamento nomi diversi, ma celano un regime disciplinare, sostanzialmente, di contenuto identico. A meno di non voler affermare che la differenza sostanziale dipenda dal fatto che l'unione civile è modello familiare riservata alle sole coppie di persone dello stesso sesso e il matrimonio alle sole persone di sesso opposto, creando una disparità di trattamento irragionevole sulla base dell'orientamento sessuale e affettivo delle persone. Se si pensa a questo la taccia di incostituzionalità è certa.

Occorre maturare la consapevolezza che l'unione civile, sebbene l'origine storica del legislatore possa essere stata questa, non è più un fenomeno tanto diverso dal matrimonio. Può permanere e permane qualche profilo disciplinare differente, ma si tratta di profili marginali, sui quali diventa davvero difficile, se non impossibile pensare di costituire una incomunicabilità tra le discipline. Piuttosto occorre assumere consapevolezza che disciplina di matrimonio e unione civile è unitaria. Distinzioni risultano, via via sempre più irragionevoli e pericolose.

Le norme sul matrimonio possono applicarsi all'unione civile, ma soprattutto potrebbero darsi norme sull'unione civile che possono applicarsi al matrimonio. Pensiamo a quanto sia contemporanea la norma sul cognome familiare, di cui all'art. 1, comma 10, l. 76 del 2016 e quanto sia stantia, invece, la norma di cui all'art. 143-bis. Non avrei difficoltà a pensare che al matrimonio debba trovare applicazione la norma sull'unione civile, che mi sembra maggiormente rispettosa delle scelte delle persone. La verità è che i due istituti sono diventati reciprocamente permeabili e occorre assumere consapevolezza che la tutela della persona nella formazione sociale familiare può trovare la norma, maggiormente rispondente all'interesse protetto, nell'una o nell'altra disciplina, in guisa che l'interprete deve applicare al caso concreto la regola che sia maggiormente rispondente all'interesse protetto. C'è una permeabilità reciproca delle discipline: dei due istituti, non soltanto dal matrimonio all'unione civile, ma anche dall'unione civile al matrimonio. Questa è la nuova sfida, sebbene si tratti di un percorso che attende di essere maturato e guidato.

Il vero profilo disciplinare che ancora mi sembra distante tra i due istituti è quello che attiene alla fase dello scioglimento del rapporto familiare. La distanza non è siderale, per come si possa pensare, perché distanze apparentemente incolmabili sono molto ridimensionate.

bensì anche ai casi di impossibilità di diritto (così, già, Corte d'appello di Torino, sentenza del 9 giugno 1993, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1994; I, p. 165 e Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza del 30 luglio 2014, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2015, con nota di N. Cipriani, *La prima sentenza italiana a favore dell'adozione nelle famiglie omogenitoriali* e in *Foro italiano*, 2014, p. 2743, con osservazioni di G. Casaburi; Corte d'appello di Torino, sentenza del 27 maggio 2016, in *Foro italiano*, 2016, I, 1910 ss.; Corte di cassazione, sentenza dell'11 gennaio 2013, n. 601, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, p. 1036, con note di M. M. Winkler, *La Cassazione e le famiglie ricomposte: il caso del genitore convivente con persona dello stesso sesso*, e di B. Paparo, *Nota in tema di omosessuali e affidamento dei figli*, in *Famiglia e diritto*, 2013, p. 570, con nota di F. Ruscello, *Quando il pregiudizio .. è nella valutazione del pregiudizio! A proposito dell'affidamento della prole alla madre omosessuale*; in *Foro italiano*, 2013, I, c. 1193, con annotazione di G. Casaburi; in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, I, p. 432, con nota di C. Murgo, *Affidamento del figlio naturale e convivenza omosessuale dell'affidatario: l'interesse del minore come criterio esclusivo*; in *Guida al diritto*, 2013, 5, p. 16 ss., con note di M. Finocchiaro, *La prova sul rischio di ripercussioni negative non doveva essere posta a carico del padre*, di G.M. Salerno, *Nessun rischio di parificazione delle unioni*, e di G. Vaccaro, *L'interesse del minore alla base di ogni decisione*; in *www.filodiritto.it*, con nota di A. Falcone, *L'affidamento del minore al genitore omosessuale: inspiegabile clamore per una decisione nell'interesse della prole*. Anche L. Franco, *Il «gesto di Ettore»: dalla tradizione al cambiamento antropologico. Coppie omosessuali tra affidamento e adozione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, II, p. 506 ss.; L. Balestra, *Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra «pregiudizio» e interesse del minore*, in *Corriere giuridico*, 2013, p. 893 ss.), ossia quando il minore non sia in stato di abbandono. Ancora oggi, successivamente all'approvazione della legge sulle unioni civili, permangono ostilità a tale soluzione, escludendosi, dai più, la possibilità di reputare, ai fini dell'applicabilità della disciplina in questione, analoga la situazione di due persone unite in matrimonio alla situazione di due persone unite civilmente. Dal mio punto di vista, e secondo le considerazioni svolte poco sopra, l'approvazione della legge sulle unioni civili dovrebbe aprire alla possibilità che l'unito civile del genitore biologico possa adottare il minore, dal momento che non sussistono ragioni che suggeriscono di non applicare il principio espresso alla lett. b) anche all'unito del genitore biologico. Gli è, però, che la giurisprudenza non ha ancora consapevolmente, affermato questo principio ed ha preferito, come detto, rifugiarsi dentro l'ipotesi della lett. d). In definitiva, credo sia indispensabile, al fine di restituire coerenza alla disciplina sull'adozione in casi particolari, in combinato con la disciplina sulle unioni civili e sulle convivenze e nell'orizzonte dei nostri principi fondamentali, avendo esclusivamente riguardo al tema indagato, che il caso di coniuge e unito civile del genitore biologico siano risolti facendo applicazione della norma di cui all'art. 44, comma 1, lett b) l. ad., mentre i casi di convivente del genitore biologico facendo applicazione della norma di cui all'art. 44, comma 1, lett d), l. ad.

Nell'unione civile non è prevista la separazione, ma ciò non esclude che si possa dare una separazione di fatto. L'unione civile si può sciogliere, secondo il meccanismo descritto dall'art. 1, comma 24, l. 76/2016 in modo molto più rapido, ma in assenza di figli, l'ordinamento prevede l'ormai noto divorzio breve. Piuttosto deve dirsi - sotto questo profilo la disciplina dell'unione civile mi pare carente - non si tiene conto delle conseguenze dello scioglimento dell'unione civile con riguardo ai figli.

La disciplina sull'unione civile muoveva dal presupposto che non si potessero dare coppie di persone unite civilmente che avessero la responsabilità genitoriale su propri figli. La nostra giurisprudenza interna e internazionale⁵¹, sia per via dell'adozione in casi speciali⁵², sia per il tramite del riconoscimento degli atti di stato di nascita formati in altri paesi⁵³, ha dimostrato l'esatto contrario. A questo punto la disciplina sullo scioglimento dell'unione civile diventa insufficiente e inadeguata. Se proprio esiste un profilo di disciplina sul quale è necessario un ripensamento generale è proprio quello dello scioglimento. Si badi non per accrescere il livello di tutela delle persone unite, ma per accrescere il livello di tutela dei minori. Se davvero occorrono modifiche, esse riguardano lo scioglimento, dacché occorre individuare meccanismi capaci di controbilanciare la semplicità della procedura con l'interesse di eventuali figli della coppia.

In definitiva, credo che il cammino sia soltanto iniziato; che vi sia una grande responsabilità degli interpreti; che matrimonio e unione civile, per quanto siano nati come istituti diversi, sono destinati a

- 51 Si consideri che la Corte Edu, già prima dell'introduzione della disciplina italiana sulle unioni civili, è intervenuta, sotto distinti profili, sul tema della genitorialità omosessuale. Al riguardo, almeno: Corte Edu, 6 febbraio 2002, *Fretté c. Francia* (in *Famiglia*, 2003, p. 521, con nota di E. Varano, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'inesistenza del diritto di adottare*); Corte Edu, decisione del 22 gennaio 2008, *E.B. c. Francia* (in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, I, p. 667 ss., con nota di J. Long, *I giudici di Strasburgo socchiudono le porte dell'adozione agli omo-sessuali*; e in *Famiglia e diritto*, 2008, p. 221, con nota di E. Falletti, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'adozione da parte del single omosessuale*); Corte Edu, 5 marzo 2012, *Gas e Dubuois c. Francia*, ricorso n. 25951/07, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, I, p. 958 ss., con nota di F. Chiovini, *Omogenitorialità, margine di apprezzamento, interesse del minore: l'instabile bilanciamento dei giudici di Strasburgo*; Corte Edu, decisione del 9 febbraio 2013, ric. n. 19010/07, *X e altri c. Austria*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, p. 1764 ss., con nota di L. Poli, *Adozione coparentale da parte di coppie omosessuali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: un progresso nella tutela delle famiglie omogenitoriali, con uno sguardo miope rispetto all'interesse superiore del minore*; in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, I, p. 525, con nota di C. Fatta e M.M. Winkler, *Le famiglie omogenitoriali all'esame della Corte di Strasburgo: il caso della second-parent adoption*.
- 52 Per tutte si v. Corte di Cassazione, sentenza del 22 giugno 2016, n. 12962, in *Foro italiano*, 2016, p. 2342 ss.; in *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 2573 ss., con nota di A. Spadafora, *Adozione tutela dell'omogenitorialità ed i rischi di eclissi della volontà legislativa*, e con nota di I. Rivera, *La sentenza di cassazione n. 12962/2016 e il superiore interesse del minore*; in *Corriere giuridico*, 2016, p. 1203 ss., con nota di P. Morozzo della Rocca, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, e con nota di L. Attademo, *La stepchild adoption omoparentale nel dettato dall'art. 44, comma 1, lett. D), L. n. 184/1983 e nella L. 218/1995*; in *Famiglia e diritto*, 2016, p. 1025 ss., con nota di S. Veronesi, *La Corte di cassazione si pronunzia sulla stepchild adoption*. Si v. N. Cipriani, *Coppie omosessuali, affidamenti e adozione di minori, Diritto delle successioni e della famiglia*, 2015, p. 39; R. Pane, *Delle adozioni e dintorni: spunti critici a margine della riforma della filiazione*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, a cura di R. Pane, Napoli, 2015, p. 213 ss.; Id., *L'adozione piena dei minori tra vecchi e nuovi problemi. Spunti di riflessione in tema di omogenitorialità*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, p. 451 ss.; J. Long, *I giudici di Strasburgo socchiudono le porte dell'adozione agli omo-sessuali*, cit., p. 667 ss.; G. Repetto, *Limiti e strategie della tutela antidiscriminatoria. Le adozioni omoparentali davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, s.d. (ma 2013), in *www.academia.edu*; M.C. Vitucci, *Orientamento sessuale e adozione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 481 ss.; F. Bilotta, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Diritto della famiglia e delle persone*, 2011, p. 1398; Id., *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in A. Schuster (a cura di), *Omogenitorialità, filiazione orientamento sessuale e diritto*, Milano-Udine 2011, pp. 163 ss.; Id., *Affidamento e adozione per le coppie formate da persone dello stesso sesso*, in G.O. Cesaro, P. Lovati, G. Mastrangelo (a cura di), *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia tra ordine pubblico e interesse del minore*, Milano, 2014, p. 120 ss.; M. Gattuso, *Anche da Milano, dopo la Cassazione, Roma e Torino, semaforo verde per l'adozione coparentale*, in *Articolo29*, *www.articolo29.it* 8 maggio 2017; Id., *Tribunale per i minorenni di Roma: sì all'adozione del figlio del partner ed al doppio cognome, l'omogenitorialità è "sana e meritevole di essere riconosciuta"*; S. Stefanelli, *Ancora in tema di interpretazione dell'art. 44 sulle adozioni: nota a Trib. Minorenni di Milano*, 17 ottobre 2016, n. 261, in *Articolo29*, *www.articolo29.it* 1 febbraio 2017.
- 53 Si v. Consiglio di Stato, sentenza dell'1 dicembre 2016, n. 5047, in *Leggi d'Italia*; Consiglio di Stato, sentenza dell'1 dicembre 2016, n. 5048, in *Leggi d'Italia*; Corte di cassazione, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corriere giuridico*, 2017, p. 181, con nota di G. Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*; Tribunale di Napoli, sentenza del 6 dicembre 2016, in *Leggi d'Italia*; Corte d'appello di Torino, sentenza del 4 dicembre 2014, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, 441, con nota di L. Franco, *Il nome del bambino nato da due madri: tra diritto al nome e diritto sul nome*; Corte d'appello di Trento, sentenza del 23 febbraio 2017, in *Famiglia e diritto*, 2017, p. 669 ss., con commento di M.C. Baruffi, *Co-genitorialità same sex e minori nati con maternità surrogata*; Corte di cassazione, sentenza del 15 giugno 2017, n. 14878, in *Guida al diritto*, 2017, p. 54 ss.; Corte d'appello di Genova, sentenza del 1 settembre 2017, n. 1319, inedita. Per una sintesi giurisprudenziale, si v. R. Calvigioni, *Nascita all'estero da genitori dello stesso sesso: dalla giurisprudenza recente al ruolo dell'ufficiale di stato civile nella trascrizione dell'atto*, in *Famiglia e diritto*, 2017, p. 1051 ss.

unirsi e che anche in Italia, ripercorrendo il cammino che anche altri paesi hanno fatto si debba, mano a mano giungere alla previsione di un istituto comune.

In attesa di questo passaggio, sarà bene che i giuristi si facciano coraggiosi interpreti del nostro sistema ordinamentale, consapevoli dell'importanza dei principi identificativi del sistema e delle responsabilità che ciascuno di noi ha quando concorre, in un modo o nell'altro, a formare le regole del caso concreto. Il cittadino e il giurista hanno il dovere di concorrere al progresso spirituale e materiale del paese; tale progresso ci sospinge verso una disciplina moderna e unitaria.

Maria Carmela Venuti*

Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente

Le buone leggi civili sono il più gran bene che gli uomini possono dare o ricevere. Le leggi non sono meri atti di potere; sono atti di saggezza, di giustizia e di ragione.
J.-È.-M. Portalis, Discorso preliminare al primo progetto di codice civile.

Sommario

1. L'accesso alla procreazione medicalmente assistita e la genitorialità nel prisma dei principi costituzionali – 2. Segue – 3. Il consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita – 4. Regole di diritto comune e regole di diritto speciale per l'assunzione della genitorialità? – 5. Segue – 6. L'assunzione della genitorialità: prime possibili conclusioni – 7. La responsabilità genitoriale di single, conviventi, coppie unite civilmente, ovvero la responsabilità parentale nelle famiglie atipiche e/o sommerse

Abstract

Il saggio prende in esame il tema dell'aspirazione alla genitorialità delle persone singole e delle coppie *same-sex* dopo la legge n. 76/2016 sulle unioni civili e le convivenze, e quello del formale riconoscimento della genitorialità acquisita in fatto dagli stessi soggetti e della connessa responsabilità genitoriale. Ricostruita la cornice costituzionale di riferimento, vengono proposte alcune soluzioni interpretative volte a superare in via ermeneutica l'inconciliabilità di talune regole di rango ordinario con le regole e i principi apicali rintracciati in un sistema multilivello delle fonti. Esaminate le disposizioni del codice civile e delle leggi speciali in materia di assunzione della genitorialità, la loro *ratio* e i meccanismi ordinatori, lo studio giunge alla conclusione che il rapporto tra i diversi plessi normativi vada declinato non in termini di regola/eccezione né di diritto comune / diritto speciale, bensì di coesistenza di sistemi basati su logiche peculiari, non riducibili a sintesi unitaria. Lo studio si volge infine al tema della responsabilità genitoriale evidenziando le aporie del nostro ordinamento che, pur declamando il rispetto dei diritti fondamentali degli individui e la salvaguardia del superiore interesse dei bambini, pone limiti e divieti alla genitorialità non "tipica", ampliando così in maniera a volte aspra e irragionevole il divario tra fatto e diritto.

The essay examines the topic of the aspiration to parenting of single persons and same-sex couples after the law n. 76/2016 on civil unions and cohabitation, and the formal recognition of parenthood acquired in fact by the same subjects and the related parental responsibility. Reconstructed the constitutional frame of reference, some interpretative solutions are proposed in order to hermeneutically overcome the irreconcilability of certain provisions of ordinary rank with the rules and the apical principles traced in a multilevel system of the sources. Once examined the provisions of the Civil Code and the special laws concerning the assumption of parenthood, their ratio and ordering mechanisms, the study comes to the conclusion that the relationship between the different regulatory

* Ordinaria di diritto privato, Università di Palermo.

Il contributo costituisce la rielaborazione, con l'aggiunta di un apparato minimo di note, della relazione svolta al Convegno su "Nuove regole in materia di genitorialità: dal legame biologico alla volontà" organizzato da questa Rivista insieme a Fondazione forense bolognese, Rete Lenford, Ondif (sez. di Bologna) il 29 settembre 2017 a Bologna. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

plexuses should be declined not in terms of rule/exception nor of general law/special law, but of coexistence of systems based on peculiar logics, not reducible to unitary synthesis. Finally, the study turns to the issue of parenting responsibility, highlighting the aporias of our system which, while declaiming respect for the fundamental rights of individuals and the safeguarding of children's best interests, imposes limits and prohibitions on "non-typical" parenthood, thus widening the gap between fact and law in a sometimes bitter and unreasonable manner.

1. L'accesso alla procreazione medicalmente assistita e la genitorialità nel prisma dei principi costituzionali

Porsi il problema del consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e della responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente assume, a prima vista, quasi i toni di una sfida, tenuto conto dei limiti all'accesso alle tecniche di fecondazione artificiale posti dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40 e del silenzio riservato alla genitorialità e alla filiazione delle persone unite civilmente e di quelle conviventi dalla legge 20 maggio 2016, n. 76.

Prima di verificare se e quali spazi si aprano al riguardo nel nostro ordinamento, nella configurazione che il diritto vivente restituisce, è opportuno tracciare il quadro delle regole e dei principi costituzionali di riferimento.

Genitorialità e filiazione vanno ascritte al fenomeno della famiglia, istituto specificamente contemplato dalla Costituzione agli articoli da 29 a 31.

Il loro scrutinio consente di affermare come la Carta fondamentale non indichi un modello di genitorialità come preferenziale né stabilisca una graduazione di apprezzamento nei confronti delle modalità in cui si può diventare genitori.

Invero la *naturalità* della società familiare cui la Carta fondamentale tributa il proprio riconoscimento all'art. 29 non era intesa, nemmeno al tempo della formulazione della previsione da parte dell'Assemblea costituente, come ancoraggio al dato di natura, al paradigma della natura delle cose, bensì come *originarietà* della specifica formazione intermedia considerata in detto articolo rispetto allo Stato¹. Da questo punto di vista l'art. 29, così come l'art. 2 e l'art. 3, segna il radicale mutamento di rotta che la Costituzione repubblicana e democratica imprime all'ordinamento mettendo al primo posto dei valori il principio personalista, la tutela dell'individuo come singolo e nelle formazioni sociali intermedie, la pienezza dello svolgimento della sua personalità. Né tantomeno può essere intesa in quel senso oggi – le norme della Costituzione sono soggette ad una lettura evolutiva, come insegna la stessa Consulta² –, e cioè in un tempo in cui l'artificio assume carattere di normalità nella vita di singoli e comunità e in cui il governo dell'uomo e della tecnologia sullo stato di natura confina quest'ultimo in un'esperienza storica definitivamente superata, o comunque non più attingibile nella sua compiuta integrità. Se così non fosse, e cioè se la famiglia riconosciuta e tutelata dall'ordinamento fosse solo quella che si configura come società fondata sul dato di *natura*, l'istituto dell'adozione dei minori di età, implicitamente evocato nei successivi artt. 30 e 31 Cost., paradossalmente potrebbe apparire non pienamente conforme all'art. 29.

Nessuna direttiva sulle modalità procreative è da scorgere nella nostra Carta costituzionale: non all'art. 29, e nemmeno all'art. 30, da cui si trae piuttosto un precetto fondamentale di cura, assistenza, tutela giuridica e sociale della *prole* già nata.

La normativa costituzionale si muove in direzione tendenzialmente neutralizzante il diverso contesto familiare in cui la nascita si è verificata; contesto familiare dicotomicamente racchiuso in un "dentro o fuori del matrimonio" (art. 30). La formula, pur con il limite dell'antitesi su cui è imperniata, dà conto della pluralità di modelli familiari e di coppia rilevanti già al tempo dell'elaborazione della Costituzione e, proprio per la sua attitudine a considerare irrilevante la condizione degli ascendenti rispetto all'assunzione della responsabilità genitoriale, in una lettura aggiornata può valere a ricomprendere

1 Così, molto chiaramente, P. Rescigno, *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, Giappichelli, 2000, p. XXIII. Per una rivisitazione del significato da attribuire all'espressione "società naturale fondata sul matrimonio" dell'art. 29 Cost. v. A.M. Benedetti, *Tutto ciò che è reale è ... naturale? Riflessioni sull'art. 29, 1° comma, Cost.*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2009, p. 589 ss.

2 Corte costituzionale, sentenza del 15 aprile 2010, n. 138, in *G.U.*, 21 aprile 2010, n. 16, 1ª s.s., punto 9 della motivazione: «i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere "crystallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi».

sotto il suo spettro la filiazione realizzata nelle coppie ad orientamento omoaffettivo unite civilmente o conviventi di fatto³.

La vera direttiva che la Costituzione segna rispetto al rapporto genitori-figli è quella che emerge dagli artt. 30 e 31: la protezione e la cura dei figli. L'art. 30 impone pari doveri e uguali responsabilità ai genitori rispetto alla prole, quale che sia il contesto in cui essa è stata generata; sancisce la (tendenziale) equiparazione dei figli nati fuori del matrimonio ai membri della famiglia legittima; assume, soprattutto, come istanza prioritaria la *protezione e la cura dei figli*, demandando eventualmente l'assolvimento dei compiti parentali a soggetti differenti dai genitori in caso di loro incapacità (e, a maggior ragione, di loro assenza). Il rilievo apicale delle cure parentali viene ribadito all'art. 31, che attribuisce allo Stato un ruolo di assistenza e sostegno economico-sociale alla formazione delle famiglie e all'adempimento dei relativi compiti, e assicura protezione alla maternità, all'infanzia, alla gioventù.

A scanso di equivoci va osservato che il complesso delle regole costituzionali in materia di genitorialità-filiazione non può essere sottoposto ad una lettura "originalista", analoga a quella che talune correnti di pensiero predicano per il matrimonio dando così vita a un tanto surrettizio quanto criticabile capovolgimento del sistema delle fonti, che giunge a conformare le norme costituzionali con la configurazione che gli istituti familiari avevano nel codice civile negli anni in cui la Carta fondamentale veniva elaborata e approvata⁴. Tutt'al contrario è la Costituzione che detta i principi – uguaglianza, parità, non discriminazione, cura e protezione della prole – cui la regolazione primaria in tema di soggetti e di rapporti familiari deve ispirarsi.

Principi che ben possono adattarsi a governare una genitorialità fondata sull'artificio com'è quella realizzata con tecniche di procreazione medicalmente assistita, e dai quali comunque non è dato ricavare un interdetto al loro ricorso.

Quanto specificamente all'aspirazione alla genitorialità, se questa – come si può correttamente assumere – si configura come (possibile) esplicazione della personalità di ogni individuo, specie quando vive una stabile e profonda relazione amorosa, essa trova copertura costituzionale nell'art. 2, che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e nell'art. 3 che richiama, com'è noto, il pieno sviluppo della persona umana quale finalità delle azioni che lo Stato è chiamato a porre in campo a salvaguardia della libertà e dell'uguaglianza dei cittadini. A conforto di tale assunto può richiamarsi la precisazione formulata dalla Consulta in relazione al divieto di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, secondo cui, seppure la Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli (come è deducibile dalle sentenze n. 189 del 1991 e n. 123 del 1990), «il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione»⁵. Nella concezione dell'Alta corte si tratta di una libertà; libertà pur non assoluta e illimitata, ma soggetta – ove necessario – a bilanciamento con altri interessi di rango costituzionale che eventualmente venissero in rilievo.

Altro principio che presiede alla questione qui scrutinata è quello della *libertà di autodeterminazione* nella sfera privata e familiare, che trova ancoraggio costituzionale negli artt. 2, 3 e 31 della Carta. Com'è noto, pure a questo riguardo i giudici delle leggi hanno formulato delle significative affermazioni chiarendo che tale libertà va ascritta alla sfera intima ed esistenziale di ciascun individuo, all'ambito della

3 Sulla questione della filiazione/genitorialità all'interno delle coppie *same-sex* nel quadro della legge sulle unioni civili e le convivenze cfr. L. Lenti, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 12/2016, II, p. 1707 ss.; P. Morozzo della Rocca, *Progetti di procreazione e provvedimenti di adozione*, in Aa.Vv., *Unioni civili e convivenze di fatto*, L. 20 maggio 2016, n. 76, M. Gorgoni (a cura di), Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 143 ss.; M. Gattuso, *L'unione civile: tecnica legislativa, natura giuridica e assetto costituzionale*, in G. Buffone, M. Gattuso, M.M. Winkler *Unione civile e convivenza*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 38 ss., spec. p. 60 ss.; A. Belleli, *La filiazione nella coppia omosessuale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 1819 ss.; E. Quadri, *La tutela del minore nelle unioni civili e nelle convivenze*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4/2017, II, p. 566 ss. Per un peculiare punto di vista in relazione al tema dell'adozione da parte delle coppie unite civilmente cfr. V. Barba, *Unione civile e adozione*, in *Famiglia e diritto*, 4/2017, p. 381 ss.. In argomento si v. altresì M. Farina, *L'adozione omogenitoriale dopo la legge 20 maggio 2016, n. 76: ubi lex voluit... tacuit?*, in *Politica del diritto*, 1/2017, p. 71 ss.

4 Per una critica alla lettura originalista dell'art. 29 Cost. cfr. G. Palmeri, M.C. Venuti, *L'inedita categoria delle unioni affettive con vissuto giuridico matrimoniale. Riflessioni critiche a margine della sentenza della Corte costituzionale*, 11 giugno 2014, n. 170 in *materialia di divorzio del transessuale*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, II, p. 553 ss., in part. p. 556 s.

5 Corte costituzionale, sentenza del 9 aprile-10 giugno 2014, n. 164, in *G.U.*, 18 giugno 2014, n. 26, 1^a s.s., punto 6 della motivazione.

propria *vita privata e familiare*⁶. Qui, come rilevato da taluni interpreti⁷, non troppo velato è il riferimento alla previsione della CEDU sul diritto al rispetto della vita privata e familiare di ciascuno (art. 8) e a quella, che ne rappresenta l'evoluzione in ambito europeo, dell'art. 7 della Carta di Nizza⁸.

Precipitato dell'ascrizione della libertà di autodeterminazione dell'individuo in ambito procreativo alla sfera esistenziale, alla sua identità, al libero dispiegamento della personalità, è l'esigenza che l'ordinamento, una volta determinato l'ambito della sua rilevanza attraverso il temperamento con eventuali diritti interessi valori confliggenti⁹, vi appresti garanzia di attuazione se non si vuole che il riconoscimento di un diritto sia vana declamazione.

Previsione pure rilevante ai nostri fini è l'art. 3 Cost., la cui precettività antidiscriminatoria va ancora oggi sottolineata: il canone della *pari dignità* sociale del *particulier* e dell'uguaglianza di tutti davanti alla legge senza distinzione di sesso o di condizioni personali e sociali non va obliato e trova semmai maggior forza e aderenza alla questione che ci occupa nelle disposizioni della Convenzione di Roma sul divieto di discriminazione fondato sul sesso o altra condizione (art. 14) e della Carta di Nizza che esplicitamente si riferisce all'orientamento sessuale (art. 21).

Infine, come precisato dalla Consulta, l'aspirazione alla genitorialità, ove non possa trovare naturale realizzazione, può impingere il diritto alla salute negli individui nei quali la frustrazione si traduca in una patologia che ne compromette il benessere psico-fisico¹⁰.

2. Segue

Se, quindi, alla stregua dei principi fondamentali del nostro ordinamento non è ricavabile una limitazione all'esplicarsi della relazione genitori/figli ove questa si sia instaurata, né ancor prima una direttiva di selezione, ovvero di maggiore o minore apprezzamento, oppure di franco disvalore circa i modi in cui la genitorialità può conseguirsi, si fa sempre più consistente il dubbio sulla costituzionalità delle previsioni della legge n. 40/2004 che vietano l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita ai singoli, alle coppie unite civilmente, alle coppie conviventi omoaffettive.

Non potendo, per comprensibili ragioni di spazio, procedere qui ad un puntuale scrutinio della questione, ci si limita a prospettare talune criticità e ad indicare un possibile rimedio per superare, nel sistema dato, l'*impasse* emergente.

Come detto, nonostante l'impianto originario della legge n. 40/2004 sia stato significativamente inciso dagli interventi della Consulta, che ha proceduto – per quanto a macchia di leopardo date le sue prerogative e agendo in risposta all'impulso dei giudici rimettenti – ad armonizzarla con i principi costituzionali¹¹, l'accesso alle tecniche resta variamente precluso. Caduta la barriera nei confronti delle coppie con soggetti portatori di malattie genetiche trasmissibili gravi (secondo i criteri dell'art. 6, l. n.

6 Corte costituzionale, sentenza del 9 aprile-10 giugno 2014, n. 164, cit., punto 6 della motivazione.

7 U. Salanitro, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 10/2016, II, p. 1360 ss., p. 1364 ss.

8 La Corte costituzionale in tal modo conferma la bontà metodologica di un approccio ermeneutico, già battuto dagli interpreti teorici e pratici, di lettura coordinata delle previsioni costituzionali, di quelle convenzionali (neanche troppo interposte) e della giurisprudenza della Corte Edu, e di quelle dell'Unione europea consegnate alla Carta dei diritti fondamentali.

9 La Corte costituzionale afferma l'esigenza di un *ragionevole bilanciamento* tra la salvaguardia di questo fondamentale diritto degli individui ed eventuali diritti di rango costituzionale che potrebbero subire pregiudizio o compressione, senza che possa essere affermata in astratto la preminenza dell'uno rispetto agli altri e viceversa. I giudici delle leggi sostengono in definitiva che «La libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia, nel senso sopra precisato, di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti. Tuttavia, questi limiti, anche se ispirati da considerazioni e convincimenti di ordine etico, pur meritevoli di attenzione in un ambito così delicato, non possono consistere in un divieto assoluto, come già sottolineato, a meno che lo stesso non sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale» (corsivo aggiunto). Quindi il sacrificio della scelta libera e volontaria di ricorrere a tecniche di procreazione medicalmente assistita (di tipo eterologo) può subire dei limiti, ma solo se indispensabile per garantire tutela a interessi di pari rango.

10 Corte costituzionale, sentenza del 9 aprile-10 giugno 2014, n. 164, cit., punto 7 della motivazione.

11 Principi rintracciati in un sistema multilivello delle fonti del diritto che ricomprende le statuizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue e quelle della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Sul punto v. anche nota 8.

194/1978), che possono ora ricorrere alla diagnosi preimpianto¹², rimane l'interdetto nei confronti del singolo (pure in caso di morte del *partner*), dei *partner* (eterosessuali) non coniugati né conviventi o di cui uno sia minore di età, delle coppie omoaffettive unite civilmente o conviventi, di coloro che presentino cause impeditive della procreazione non qualificabili come sterilità o infertilità e che non siano portatori di malattie genetiche trasmissibili gravi, di coloro, infine, che non siano in età potenzialmente fertile (artt. 1, 4, 5, 12).

La tenuta costituzionale di questo assetto regolamentare appare certamente vacillare con riferimento alle coppie omoaffettive: e ciò non solo a seguito della pronuncia della Consulta che ha rimosso il divieto di ricorrere alle tecniche di tipo eterologo¹³ (mentre per la tecnica della surrogazione di maternità – così nel linguaggio del legislatore – continua a vigere il divieto “tombale” di cui all’art. 12, comma 6°, l. n. 40/2014), ma soprattutto dopo il varo della legge n. 76 del 2016, che esplicitamente riconosce la coppia omoaffettiva alla stregua di formazione sociale di rango costituzionale e la dota della necessaria copertura normativa, sollecitata dalla Corte Edu nella pronuncia sul caso *Oliari et al. c. Italia*¹⁴.

In altri termini, la legge n. 76/2016, con il formale riconoscimento del rango costituzionale delle unioni civili e delle «convivenze di fatto» ha comportato l’inserimento nel sistema di un segmento nuovo di regole, espressione di principi che si radicano nel sistema valoriale della nostra Costituzione, modificando e ridisegnando la fisionomia del nostro ordinamento nell’ambito dei rapporti familiari.

Ancóra va considerato che la CDFUE (e la Cedu) riconosce il diritto di ogni persona di sposarsi e di costituire una famiglia e ne affida la garanzia di attuazione alle leggi nazionali che ne disciplinano l’esercizio. E che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha ricondotto alla previsione sul diritto al rispetto della vita privata (e familiare) di cui all’art. 8 Cedu (e all’art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell’Ue) il riconoscimento del diritto al rispetto della decisione di avere figli, come di quella di non averne¹⁵. Nel caso *Dickson c. The United Kingdom*¹⁶ i giudici europei hanno ritenuto altresì che l’art. 8 della Convenzione ricomprenda nel suo spettro di applicazione il diritto al rispetto della decisione della coppia di diventare genitori genetici attraverso il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (necessarie, nella fattispecie, poiché il marito era detenuto in carcere)¹⁷.

Al riguardo è significativo rammentare che, nell’individuare il contenuto precettivo della norma richiamata, la Corte abbia precisato come, nonostante l’oggetto della salvaguardia apprestata sia in primo luogo la protezione dell’individuo da arbitrarie interferenze delle autorità pubbliche e quindi imponga agli Stati parti obblighi *negativi* di astensione, siano tuttavia configurabili in capo ad essi anche obblighi *positivi* connessi all’effettivo rispetto del bene tutelato. Su queste basi si è affermato ai sensi dell’art. 8 Cedu (e dell’art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell’Ue) a favore della coppia «*the right to respect for their decision to become genetic parents*»¹⁸.

-
- 12 Corte costituzionale, sentenza del 5 giugno 2015, n. 96, in *G.U.*, 10 giugno 2015, n. 23, 1^a s.s. I giudici costituzionali in questa occasione hanno ridisegnato il profilo dell’accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita sotto il profilo del superamento del presupposto delle condizioni di sterilità/infertilità richiesto agli artt. 1 e 4 perché in contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost.
- 13 Si tratta della già richiamata Corte costituzionale, sentenza del 9 aprile-10 giugno 2014, n. 164. A questa stregua è ormai lecita e contemplata dalle linee-guida la cosiddetta doppia eterologa, ad esito della quale il nato non ha alcun legame genetico con i genitori, analogamente a quanto avviene nella filiazione adottiva.
- 14 Corte Edu, IV sezione, 21 luglio 2015, ric. 18766/11 e 36030/11, *Oliari et al. c. Italia*, reperibile su <http://hudoc.echr.coe.int>.
- 15 Corte Edu, Grande Camera, decisione del 22 gennaio 2008, ric. 43546/02, *E.B. c. France*, reperibile su <http://hudoc.echr.coe.int>, in part. punto 43: «*The Court has, however, previously held that the notion of “private life” within the meaning of Article 8 of the Convention is a broad concept which encompasses, inter alia, (...) the right to respect for both the decisions to have and not to have a child*». Corte edu, Grande Camera, decisione del 14 aprile 2007, ric. 6339/05, *Evans c. the United Kingdom*, reperibile su <http://hudoc.echr.coe.int>, spec. punto 71 e punto 72, ove si precisa che anche il diritto al rispetto della decisione di diventare genitore in senso genetico rileva ai sensi dell’art. 8 della Convenzione.
- 16 Corte Edu, Grande Camera, decisione del 4 dicembre 2007, ric. 44362/04, reperibile su <http://hudoc.echr.coe.int>.
- 17 Punto 66: «*The Court considers that Article 8 is applicable to the applicants’ complaints in that the refusal of artificial insemination facilities concerned their private and family lives, which notions incorporate the right to respect for their decision to become genetic parents (see E.L.H. and P.B.H. v. the United Kingdom, nos. 32094/96 and 32568/96, Commission decision of 22 October 1997, DR 91-A, p. 61; Kalashnikov v. Russia (dec.), no. 47095/99, ECHR 2001-XI; Aliiev v. Ukraine, no. 41220/98, § 187-89, 29 April 2003; and Evans v. the United Kingdom [GC], no. 6339/05, § 7172, ECHR 2007-I)*».
- 18 Corte Edu, Grande Camera, decisione del 4 dicembre 2007, ric. 44362/04, *Dickson c. The United Kingdom*, cit., punto 70: «*The Court observes that although the object of Article 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference. In addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private and family life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private and family life even in the sphere of the relations of individuals between themselves.*

Le norme sovranazionali, una volta riconosciuto e garantito il diritto di (sposarsi e di) costituire una famiglia, si rivolgono alle leggi nazionali per la regolamentazione del suo esercizio, sicché l'assenza di una specifica disciplina interna costituisce una lacuna nelle condizioni di esercizio di un diritto, che ne paralizza l'operatività. Richiamando qui le parole di Antonio Cicu, secondo le quali «non è possibile distinguere tra godimento ed esercizio del diritto dove la ragione dell'attribuzione del diritto è nel suo esercizio»¹⁹, la lacuna normativa municipale finisce per tradursi, come la stessa Corte di Strasburgo ha precisato²⁰, in una ingerenza dello Stato nell'esercizio di tale diritto fondamentale, di cui va scrutinata l'ammissibilità ai sensi dello stesso art. 8 Cedu.

La previsione, com'è noto, circoscrive la giustificabilità di ingerenze degli Stati parti e delle pubbliche autorità nel diritto al rispetto della vita privata e familiare alla sussistenza di una previsione di legge che la contempli e alla necessità di tale misura per garantire interessi di rango sovra- o pari ordinato a quello limitato, non altrimenti tutelabili. Ma è la stessa Corte Edu ad aver osservato che il margine di apprezzamento concesso agli Stati nel rinvenire il punto di equilibrio tra interessi pubblici e interessi privati in conflitto varia ed è condizionato da diversi fattori (quali la natura delle attività vietate e lo scopo del loro interdetto), ma che, tuttavia, quando viene in rilievo un importante aspetto dell'esistenza o dell'identità dell'individuo, come la scelta di diventare genitore genetico, tale margine di apprezzamento dovrebbe in via generale essere *limitato*²¹.

In conclusione non pare si possa ragionevolmente trovare fondamento giustificativo per l'ingerenza attuata dallo Stato italiano nei confronti del diritto delle coppie unite civilmente al rispetto della loro vita privata e familiare, nella sua specifica declinazione di diritto alla genitorialità – biologica o adottiva –, dal momento che essa non si profila come unico mezzo per tutelare interessi superiori o di pari rilevanza di altri soggetti. Non è ipotizzabile l'esigenza di una superiore protezione della salute o della morale né, restando nello spettro concettuale dell'art. 8 Cedu, la sussistenza di un supremo diritto della prole a non avere genitori se non eterosessuali e a non nascere se non all'interno di una coppia di genitori eterosessuali. D'altra parte la «protezione dei diritti e delle libertà» di altri soggetti in posizione pariordinata a quella delle coppie omoaffettive, quali possono essere altri adulti chiamati a contribuire alla realizzazione del progetto genitoriale con i propri gameti o con la gestazione per conto altrui, non trova il suo esclusivo e imprescindibile mezzo di tutela nella negazione del diritto al rispetto della scelta di divenire genitori. Come detto, il margine di apprezzamento dello Stato italiano, trattandosi della compressione di rilevante aspetto della personalità dell'individuo, appare ristretto, anche tenuto conto del crescente numero di Stati parti della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (e membri dell'Unione europea) che ammettono la genitorialità delle coppie *same-sex*.

Pertanto, acquisito *per tabulas* al nostro diritto positivo il riconoscimento delle coppie omoaffettive come formazioni sociali intermedie di tipo familiare, ai membri delle stesse va assicurato il riconoscimento e garantita la tutela dei diritti inviolabili che derivano dall'essere parte di detta comunità intermedia e dallo svolgersi in essa della loro personalità²².

The boundaries between the State's positive and negative obligations under Article 8 do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are nonetheless similar. In particular, in both instances regard must be had to the fair balance to be struck between the competing interests (see Odièvre v. France [GC], no. 42326/98, § 40, ECHR 2003III, and Evans, cited above, § 75)».

- 19 Ricordate da Carlo Esposito nel saggio *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, p. 135 ss., p. 143.
- 20 Nella rammentata (v. nota 14) decisione sul caso *Oliari et al. c. Italia* occupandosi più in generale del riconoscimento dei diritti delle coppie *same-sex*.
- 21 Corte Edu, Grande Camera, 14 aprile 2007, ric. 6339/05, *Evans c. the United Kingdom*, cit., punti 77 e 78: «*Since the national authorities make the initial assessment as to where the fair balance lies in a case before a final evaluation by this Court, a certain margin of appreciation is, in principle, accorded by this Court to those authorities as regards that assessment. The breadth of this margin varies and depends on a number of factors, including the nature of the activities restricted and the aims pursued by the restrictions (see Smith and Grady v. the United Kingdom, nos. 33985/96 and 33986/96, § 88, ECHR 1999 VI). Accordingly, where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake (such as the choice to become a genetic parent), the margin of appreciation accorded to a State will in general be restricted*».
- 22 Benché, invero, la lettera del 1° comma dell'art. 1 della legge sembri attribuire la qualifica di "specifica" formazione sociale solamente all'unione civile tra persone dello stesso sesso, non pare dubbio che – al di là dell'aggettivazione in termini di specificità – entro tale categoria vada sussunta pure la coppia di "conviventi di fatto" di cui al 36° comma dello stesso articolo. Quest'ultima previsione, nel connotare la fattispecie, richiama testualmente quei caratteri di stabilità, serietà, continuità del legame di coppia da cui sorgono rapporti di umana solidarietà e doveri di assistenza morale e materiale, ai quali la giurisprudenza costituzionale e ordinaria ha nel tempo ancorato l'identificazione delle comunità intermedie non coniugali alle quali riconoscere tutela ai sensi degli artt. 2 e 3 della Carta fondamentale (cfr., ad es., Corte costituzionale, sentenza del 13-18 novembre 1986, n. 237 del 1986, in G.U., 26 novembre 1986, n. 55, 1ª s.s.; Corte costituzionale, sentenza del 24 marzo-7 aprile 1988, n. 404, in G.U. n. 15 del 13 aprile 1988, 1ª s.s.; in Corte costituzionale, sentenza del 12-20 dicembre 1989, n. 559, in G.U. n.

Per tali coppie l'impossibilità procreativa è strutturale, ontologica, e superabile soltanto negando l'essenza, ossia la omoaffettività delle persone che la compongono. Imponendo, cioè, un radicale mutamento dell'identità dei singoli e della coppia riguardo all'orientamento di genere che ne connota l'individualità. Né, d'altra parte, questa condizione può assimilarsi ad una patologia, medicalmente accertabile, che comporta infertilità o sterilità, come indicato dalla legge in tema di procreazione medicalmente assistita. Nessuna delle due alternative è percorribile nel quadro del sistema costituzionale e convenzionale di tutela dei diritti inviolabili della persona.

In questa sorta di tenaglia normativa si può ritenere plausibile un intervento di ortopedia legislativa che, in omaggio al principio della interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme, espunga dal testo dell'art. 5 della l. n. 40/2004 il riferimento alla eterosessualità delle coppie cui è consentito l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. In questo modo si darebbe applicazione al comma 20° dell'art. 1 della legge n. 76/2016 che estende, ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che contengono termini equivalenti a coniuge/i o che si riferiscono al matrimonio allo scopo di «assicurare l'effettività della tutela dei diritti (e il pieno adempimento degli obblighi) derivanti dall'unione civile».

In sostanza, si può tentare la via di un'interpretazione costituzionalmente orientata che, attraverso una *teleologische Reduktion*, espunga il riferimento all'eterosessualità della coppia e alla condizione di infertilità/sterilità in senso naturalistico.

A conforto della soluzione ermeneutica proposta può ricordarsi la lezione di chi osservava che «il senso di un testo può mutare non solo diacronicamente, in via di interpretazione evolutiva determinata dalle trasformazioni sociali e dalla storicità del nostro modo di intendere i valori, ma anche sincronicamente; e in quest'altro senso (...) in [ragione dei] diversi contesti applicativi, secondo le varie modalità e le mutevoli esigenze delle situazioni che volta a volta vengono a concretarsi nell'ambito normativo di un testo»²³.

Altrimenti, come già sottolineato, l'interdizione alla genitorialità biologica delle coppie *same-sex* unite civilmente o che formano una «convivenza di fatto», trovando la propria ragione nell'orientamento sessuale degli individui che costituiscono siffatta formazione sociale intermedia e in essa vivono ed esplicano la propria personalità, risulterebbe in contrasto con gli artt. 2, 3, 31 e 32 della Costituzione e con le previsioni sovranazionali che affermano il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare (art. 7 Carta dei diritti fondamentali dell'Ue e art. 8 Cedu), il diritto di costituire una famiglia (art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue e art. 12 Cedu), e con il divieto di discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale di cui all'art. 21 Carta dei diritti fondamentali dell'Ue e all'art. 14 Cedu²⁴.

3. Il consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita

Prima di passare alla specifica questione del consenso alle tecniche di pma, pare opportuna una riflessione generale sulla strategia messa in campo e sugli obiettivi perseguiti dal legislatore in siffatta materia.

27 del 27 dicembre 1989, 1ª s.s., cit.; Corte costituzionale, sentenza del 15 aprile 2010, n. 138, in *G.U.*, 21 aprile 2010, n. 16, 1ª s.s.; Corte di cassazione civ., sentenza del 4 aprile 1998, n. 3503, in *Famiglia e diritto*, 4/1998, p. 333 ss., con nota di V. De Paola; Corte di cassazione pen., sez. V, sentenza del 17 marzo 2010, n. 24688, in *Foro italiano*, 2011, II, c. 385 ss.; Corte di cassazione civ., sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184, cit., nonché in Corte di cassazione, sez. civ. I, sentenza del 20 giugno 2013, n. 15481, in *Giustizia civile*, 2013, I, p. 1357 ss.; Corte di cassazione civ., sez. sentenza del I, 3 aprile 2015, n. 6855, in *Famiglia e diritto*, 6/2015, p. 553 ss., con nota di G. Ferrando). Salvaguardia che, se in un primo tempo ha massimamente riguardato le coppie eterosessuali, successivamente è stata affermata anche a favore delle coppie *same-sex* a partire dalla fondamentale pronuncia della Corte costituzionale 15 aprile 2010, n. 138, cit.. Il legislatore odierno tutela pure queste ultime, benché con diversa intensità a seconda che i componenti formalizzino il loro legame con la costituzione dell'unione civile ovvero si attestino su livelli di minore evidenza costituendo una «convivenza di fatto», per utilizzare la stravagante definizione normativa. Illustra efficacemente la condizione giuridica delle coppie omosessuali prima della legge n. 76/2016 la Corte europea dei diritti dell'uomo nella decisione sul caso *Oliari et al. c. Italia* (Corte edu, IV sezione, decisione del 21 luglio 2015, ric. 18766/11 e 36030/11, cit.).

23 L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 22.

24 In altre parole alla luce dei principi e delle regole richiamati, in continuità con la giurisprudenza della Corte Edu sul diritto alla genitorialità anche con tecniche di procreazione medicalmente assistita come interesse fondamentale della persona e della coppia che trova il proprio fondamento normativo del diritto al rispetto della vita privata e familiare, la limitata accessibilità alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie omoaffettive e ai singoli va ritenuta un'irragionevole compressione ai diritti fondamentali di queste persone, in contrasto con il principio di non discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale, e non giustificata dall'imprescindibile esigenza di tutelare in tal modo altri contrapposti interessi, altrimenti irrimediabilmente conculcati.

La legge n. 40 del 2004 regola la non-naturalità della vicenda procreativa; non-naturalità che si estrinseca in distacchi svariati rispetto al progetto biologico “ordinario”: nei confronti del compimento dell’atto sessuale tra gli aspiranti genitori per definizione espunto nella realizzazione della fecondazione “artificiale”; riguardo alla creazione dell’embrione *in vitro* ammettendo l’apporto di gameti altrui; in ordine alla sequenza procreativa prevedendo la possibilità di interrompere il procedimento con la crioconservazione dei gameti prelevati e dell’embrione eventualmente formato. Essa tenta di neutralizzare l’impatto di tale non-naturalità sia a livello simbolico sia a livello sistematico attraverso l’imposizione del rispetto del paradigma eterosessuale e monogamico della coppia tradizionale e la finzione della corrispondenza del procedimento di fecondazione assistita alla sequenza biologica naturale. Infatti, con una scelta di campo divisiva, la legge (nel suo impianto originario e in larga misura ancora in quello attuale) è volta ad affermare un unico modello di famiglia – quello eterosessuale coniugale o para-coniugale – e uno schema di costituzione del rapporto genitori-figli ricalcato sul canone della *imitatio naturae*. Militano in questa direzione le previsioni sui requisiti soggettivi di accesso (art. 5), quelle sui divieti e le sanzioni (art. 12), sullo stato giuridico del nato (art. 8), sul divieto di disconoscimento della paternità e di anonimato della madre (art. 9), sull’assenza di legame giuridico con il donatore di gameti (art. 9), nonché, sia pure con qualche incrinatura, quella sul consenso (art. 6).

Volgendoci, quindi, allo studio del tema indicato, vengono in rilievo, oltre all’art. 6 sul consenso informato, gli articoli 8 e 9 relativi alle ricadute del consenso in ordine alla formazione del legame di genitorialità con il nato e al suo stato giuridico.

L’art. 6, cui nella normativa secondaria si riconnette il decreto del Ministro della Giustizia 28 dicembre 2016, n. 265²⁵, ha quale caposaldo l’informazione che deve precedere e supportare la formazione di un consenso consapevole da parte di coloro che richiedono l’applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita²⁶.

L’avvio della metodica da parte della coppia richiede l’estremo altamente simbolico dell’*assenso congiunto* dei *partner*; al contrario la revoca può intervenire da parte di ciascuno, titolare di un potere di veto del procedimento eventualmente già avviato. La revoca può essere manifestata *fino al momento della fecondazione dell’ovulo* (comma 3°, ult. p.); sicché successivamente la coppia – e la donna aspirante gestante – non potrebbe sottrarsi alla prosecuzione della procedura fecondativa, dovendo subire l’impianto degli embrioni.

Regola, quest’ultima, lesiva dell’autodeterminazione della donna e della coppia, alla quale si sono opposti i giudici di merito e sulla cui legittimità costituzionale è stato invocato il giudizio della Corte. Sia nella sentenza n. 151 del 2009, sia nella pronuncia n. 84 del 13 aprile 2016 essa ha ritenuto la questione inammissibile. Nella più recente decisione i giudici delle leggi hanno affermato il carattere meramente ipotetico, e non attuale, della sua rilevanza²⁷, ritenendo la questione di impatto meramente pratico

25 «Regolamento recante norme in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in attuazione dell’art. 6, comma 3, l. 19 febbraio 2004, n. 40», in *G.U.*, 17 febbraio 2017, n. 40.

26 L’informazione, rilasciata da personale medico, ha ad oggetto vari elementi (metodi, problemi bioetici, effetti collaterali sanitari e psicologici, probabilità di successo e rischi, conseguenze giuridiche, con particolare riguardo allo stato giuridico del nato e al divieto di disconoscimento del padre e di anonimato della madre; possibilità di alternative costituite dall’adozione o dall’affidamento dei minori; costi) e deve essere chiara, dettagliata, analitica, costante.

27 Essa ha osservato che «del resto, il giudice *a quo* – dopo aver sottolineato che la prescrizione di cui all’art. 6 in esame, “già di per sé sprovvista di sanzione per l’ipotesi di violazione, è stata ulteriormente sfumata dalla deroga, introdotta dalla pronuncia della Corte, al divieto assoluto di crioconservazione degli embrioni, in tutti i casi in cui il medico rilevi fondati rischi per la salute della donna nel procedere al loro impianto” – ammette che gli “aspetti problematici [che] residuano”, in ordine a detta disposizione, prescindono da un concreto collegamento alla vicenda per cui è causa, essendo, a suo avviso su un piano generale, attinenti ad un “profilo pratico-operativo” (evidentemente, di per sé però estraneo alla *quaestio legitimitatis*) e ad un “profilo sistematico”, e cioè a quel “fine di dare coerenza al sistema” in relazione al quale già la sentenza n. 151 del 2009 ha dichiarato manifestamente inammissibile, per difetto di rilevanza, la pressoché identica questione di legittimità costituzionale dell’art. 6, comma 3, della legge n. 40 del 2004». Nella fattispecie il dubbio di costituzionalità concerneva un asserito contrasto del 3° comma dell’art. 6 con gli artt. 2, 3, 13, 31, 32 e 33, primo comma, Cost. così motivato: «secondo la prospettazione del rimettente, la previsione che il consenso al trattamento di PMA non possa essere revocato dopo la fecondazione dell’ovocita, contenuta in detta norma, rappresenterebbe una palese violazione del principio regolativo del rapporto medico/paziente, poiché il paziente verrebbe espropriato della possibilità di revocare l’assenso al medico di eseguire atti sicuramente invasivi della propria integrità psico-fisica, avuto riguardo anche al momento particolarmente delicato dell’attività medica, atteso che il trattamento, tutt’altro che concluso, verrebbe a trovarsi in una fase intermedia a cui necessariamente seguirebbe il momento essenziale culminante del trasferimento in utero del materiale prodotto. (...) Ad avviso del Tribunale fiorentino – ancorché la ricorrente (dopo iniziale rifiuto) si fosse poi determinata ad effettuare il trattamento di PMA, utilizzando l’ultimo embrione (di media qualità) dei dieci da essa complessivamente prodotti – anche la riferita seconda questione manterrebbe la sua rilevanza, per avere l’interessata manifestato l’intenzione di ripetere il trattamento di PMA (non avendo quello precedente ottenuto l’esito sperato), con riserva, però, di decidere (in quel successivo contesto) se sottoporsi o meno al trasferimento in

(e sistematico) e non significativo ai fini dello scrutinio di costituzionalità. Sia pure incidentalmente hanno sottolineato come la forza precettiva del divieto di revoca del consenso oltre il momento della fecondazione dell'ovulo appaia sbiadita per due ordini di ragioni: l'assenza di sanzione dell'eventuale violazione; la caducazione del divieto di crioconservazione degli embrioni ad opera della sentenza n. 151 del 2009, da cui implicitamente si trarrebbe la sostanziale neutralizzazione della prescrizione.

Tuttavia qualche perplessità sulla irrilevanza – anche operativa – della norma limitativa della revoca del consenso proviene dal citato d.m. n. 265 del 2016 che, tra gli elementi minimi di conoscenza necessari ai fini della formazione del consenso informato per la richiesta di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, riporta (lett. q) proprio l'estremo della «possibilità di revoca del consenso da parte dei richiedenti fino al momento della fecondazione dell'ovulo»: segno inequivocabile della perdurante vigenza, almeno per il Governo, della prescrizione contenuta nella fonte primaria.

Ciò testimonia di un approccio del legislatore che mantiene tratti di invasività e di prescrittività nei confronti degli individui coinvolti e, in particolare, della donna aspirante-gestante. Un approccio poco rispettoso delle sensibilità individuali e di coppia, delle condizioni personali, della libertà di ciascuno di assumere le decisioni relative ai trattamenti sanitari cui sottoporsi e dell'autodeterminazione del singolo e della coppia riguardo alla sfera esistenziale (procreativa, corporea) e allo specifico progetto procreativo diviso.

Nonostante l'esito negativo delle istanze sollevate dai giudici *a quo*, è lecito dubitare della conformità ai principi costituzionali della regola richiamata che limita ad una certa fase del procedimento la revocabilità del consenso²⁸.

Al di là di tale contraddittorio aspetto legato all'esegezi dell'art. 6, la disciplina del consenso alla sottoposizione alle tecniche di procreazione medicalmente assistita merita una particolare attenzione da parte dell'interprete per la peculiare significatività che la manifestazione di volontà acquista nella vicenda generativa e nella formazione del vincolo di filiazione. La sua rilevanza, invero, oltrepassa il pur delicato aspetto dell'assenso alla incisione della corporeità e della salute psico-fisica degli interessati che il trattamento biomedico imprescindibilmente esige connotando l'assunzione della genitorialità in maniera peculiare, che si distacca per molti versi dalla regolamentazione di diritto comune.

Ascrivendo la vicenda procreativa all'artificialità propria della tecnica e del sapere scientifico la legge n. 40/2004 proietta, infatti, la traiettoria del consenso oltre l'ordinario terreno della sottoposizione alla metodica fino ad incidere sul suo esito, sulla generazione. La genitorialità ottenuta tramite procreazione medicalmente assistita si connota in senso eminentemente *volontaristico*.

Come si vedrà meglio in seguito, l'art. 8 stabilisce che i figli nati dalla *coppia* che ha *espresso la volontà* di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita *ai sensi dell'art. 6* acquistano, a seconda della condizione degli ascendenti, lo stato di figli nati nel matrimonio ovvero di figli riconosciuti. L'art. 9 manifesta un'ulteriore ultrattività del consenso alle metodiche, ove nella specie si tratti del ricorso alla procreazione di tipo eterologo, impedendo, rispettivamente, al padre intenzionale l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità o l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, e alla gestante di avvalersi della facoltà di non essere nominata nell'atto di nascita. Così facendo non soltanto si fissa sul consenso a suo tempo espresso l'elemento determinante per l'acquisto della genitorialità, ma altresì si interdice la possibile emersione dell'assenza di coincidenza genetica tra ascendente/i e nato, vieppiù catalizzando e, per così dire, scaricando sulla *scelta* il farsi del rapporto genitore-figlio.

utero del materiale prodotto, solo in esito alla indagine genetica preimpianto, sullo stesso, che ne avesse confermato la qualità».

28 I parametri di scrutinio sono gli artt. 2, 13, 32 della Carta costituzionale, e la previsione dell'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che sancisce il rispetto, nell'ambito della medicina e della biologia, del *consenso libero e informato della persona interessata*. Benché l'enunciato prosegua con la precisazione «secondo le modalità definite dalla legge», non vuole con ciò dire che le modalità sancite dal legislatore interno possano giungere a restringere la portata della regola generale di rango apicale al punto da ritenere superfluo il consenso libero e informato dell'interessato ai fini della sottoposizione dell'individuo a trattamento biomedico. La statuizione allude, piuttosto, alla riserva di legge che deve assistere le previsioni che individuano le concrete modalità di espressione della volontà del singolo.

4. Regole di diritto comune e regole di diritto speciale per l'assunzione della genitorialità?

Prima di considerare l'aspetto della responsabilità genitoriale di *single*, conviventi e parti unite civilmente è opportuno volgere l'attenzione su un profilo per così dire intermedio e di sutura dell'indagine, costituito dalle regole che presiedono alla determinazione della genitorialità nel nostro ordinamento al cospetto delle novità impresse dalla legge in materia di unioni civili e convivenze.

La regolamentazione è dislocata su diversi plessi normativi, costituiti dal codice civile, dalla legge in materia di adozione, da quella in tema di procreazione medicalmente assistita. Di detta disciplina si intende qui vagliare in primo luogo l'eventuale comune riconducibilità a criteri direttivi omogenei di cui sono espressione le previsioni codicistiche, ovvero se il rapporto tra le diverse norme si atteggi piuttosto in termini di specialità vs. generalità, risultando esse informate a criteri ispiratori e paradigmi differenti, ovvero se sia ipotizzabile un differente modo di atteggiarsi tra loro. In seconda battuta va verificata l'idoneità del complessivo ordito normativo a ricomprendere l'intera fenomenologia dei rapporti di filiazione in fatto riscontrabili nell'esperienza contemporanea.

Nel codice civile la genitorialità (maternità e paternità) viene contemplata secondo una tassonomia ad andamento binario che si può sintetizzare nella formula "dentro o fuori del matrimonio", modellata sul calco della derivazione biologica e dunque riservata esclusivamente alla dualità uomo/donna. Segnatamente, all'interno del matrimonio si fonda sulla volontarietà presunta, basata sulla supposta corrispondenza genetica per l'uomo e sulla corrispondenza genetica-parto per la donna; al di fuori del matrimonio sulla volontarietà (non presunta ma) manifestata attraverso il riconoscimento, o consegnata alla dichiarazione giudiziale orientata alla corrispondenza genetica per il padre e a quella biologica (non necessariamente genetica) per la madre.

Su questa trama regolamentare, fin troppo nota, non è il caso di soffermarsi se non per alcune considerazioni.

Il meccanismo basato sull'alternativa dentro/fuori il matrimonio risulta oggi insoddisfacente rispetto alla situazione della genitorialità realizzata da coppie eterosessuali conviventi-di-fatto che abbiano siglato un contratto di convivenza ai sensi della l. n. 76/2016. Riguardo ad esse nel silenzio del legislatore speciale dovrebbe essere richiamata la disciplina di diritto comune. Verosimilmente, facendo reagire i due plessi normativi e visto che i genitori non sono uniti in matrimonio, si dovrebbe dar luogo all'applicazione delle previsioni sulla filiazione fuori del matrimonio e dunque richiamare lo strumento del riconoscimento (o della dichiarazione giudiziale di paternità e/o maternità²⁹). Ma può dubitarsi della bontà di una simile soluzione che esclude l'operatività della presunzione di paternità, appannaggio della filiazione dentro il matrimonio, specie se si pone mente al fatto che nella fattispecie in esame v'è un *quid pluris* non irrilevante, ossia la conclusione del contratto di convivenza: atto formale necessariamente collegato ad un sistema di pubblicità/opponibilità ai terzi che riguarda anche le vicende del rapporto tra i *partner* e il suo scioglimento. Tenuto conto di ciò sarebbe preferibile applicare *in via analogica* la regola della presunzione di paternità alla prole nata in costanza di contratto di convivenza tra i *partner* (eterosessuali). La diversità di trattamento rispetto alle coppie coniugate può rivelarsi non giustificabile alla luce dell'art. 3 e dell'art. 2 Cost., non emergendo l'esigenza di tutelare interessi confliggenti e di pari o superiore rango intestati a soggetti diversi dalla coppia e dal nato.

Altra riflessione che il sistema codicistico sollecita concerne la disciplina relativa alla filiazione fuori del matrimonio. Come s'è detto, nel codice civile l'attribuzione della paternità si struttura sul paradigma volontaristico del riconoscimento o, in mancanza, sull'attribuzione giudiziale della genitorialità che si orienta sul criterio della corrispondenza genetica tra figlio e padre. Per la maternità, invece, in mancanza del riconoscimento la dichiarazione giudiziale si fonda sulla dimostrazione (della gestazione e) del parto di quel determinato bambino da parte della donna³⁰.

29 Per un caso di richiesta in via cautelare della compagna superstite di accesso al materiale biologico del *partner* convivente, deceduto a gravidanza già avviata, per procedere all'accertamento giudiziale della paternità v. Tribunale di Milano, ordinanza del 31 maggio 2016, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 11/2016, I, p. 1473 ss., con nota di R. Siclari, *Dichiarazione anagrafica di convivenza ed accesso del concepito all'accertamento preventivo della paternità*.

30 Il sistema imperniato sul riconoscimento (o, in mancanza, sull'accertamento giudiziale della paternità o maternità) nasce in un'epoca in cui le unioni stabili extramatrimoniali erano fenomeni straordinari sotto svariati profili, sicché criterio affidabile su cui fondare il sistema dell'attribuzione della genitorialità era quello della volontà dell'ascendente. L'accertamento giudiziale della paternità si basava sulla corrispondenza genetica tra ascendente e discendente e conseguiva o in via induttiva tramite la constatazione di fatto della notoria convivenza come coniugi della madre e del presunto padre al tempo del concepimento; o da indiretta evidenza da sentenza; o tramite dichiarazione inequivoca del presunto padre; o su elementi quali il ratto o la violenza carnale al tempo del concepimento; o, ancora, sul possesso di stato di figlio naturale (art. 269 c.c.).

Al riguardo vale la pena di riflettere sulla previsione dell'art. 269 c.c. e, segnatamente, sull'enunciato del 3° comma che contiene la regola appena richiamata sulla prova della maternità. La formulazione ricalca nella sostanza quella del previgente art. 272, il quale richiedeva, com'è noto, la dimostrazione dell'identità tra chi assume di essere figlio e colui che venne partorito dalla donna, la quale «si assume esserne la madre».

A ben vedere all'epoca della formulazione del codice civile v'era piena corrispondenza nei criteri su cui si basava l'accertamento della genitorialità per l'uomo e per la donna in assenza dell'estremo volontario del riconoscimento, ossia la derivazione genetica. Per la donna il dato di evidenza veniva individuato nel parto: elemento inoppugnabile lungo una teoria di secoli nei quali la scienza medica non aveva raggiunto lo stadio di conoscenze e di tecniche su cui si fonda oggi la metodica della fecondazione extracorporea e del successivo trasferimento dell'embrione nell'utero della gestante. Tant'è che la stessa Carta costituzionale all'art. 30, nel dettare la riserva di legge per la disciplina relativa alla ricerca della paternità e per i limiti alla stessa, fa riferimento soltanto alla paternità: così inequivocabilmente attestando la vigenza del brocardo *mater semper certa est* e la incrollabile univoca derivazione di detta certezza dal parto³¹. Infatti secondo la prescrizione del codice non è il parto che va dimostrato, ma l'identità tra il bambino partorito da quella gestante e il soggetto che richiede l'accertamento della genitorialità materna. L'indiscutibilità del nesso biunivoco tra premessa e conseguenza viene confermata, sotto altra prospettiva, dalla regola che ammette la puerpera a manifestare la propria volontà di non essere nominata nella dichiarazione di nascita (art. 30, d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396).

Lo scollamento tra gestazione-parto e coincidenza genetica in ordine alla donna è un portato delle tecniche di procreazione medicalmente assistita di cui il legislatore sembrerebbe non aver preso atto.

La regola scolpita al 3° comma dell'art. 269 comporta l'obliterazione del criterio della corrispondenza genetica tra la gestante e il nato che può verificarsi con l'uso di tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, e rispetto alla genitorialità "codicistica" crea una difformità di disciplina con il criterio della corrispondenza genetica applicato all'uomo. La previsione rappresenta, inoltre, un ostacolo indiretto al riconoscimento della maternità genetica in talune ipotesi di gestazione/gravidanza per altri³² o gestazione/gravidanza d'appoggio (GPA o GDA).

L'insufficienza della prescrizione a dare adeguata tutela a forme di genitorialità "atipica" se si vuole restare ai paradigmi codicistici è evidente. A meno di non voler valorizzare il disposto del 2° comma dell'art. 269 c.c. riferito alla possibilità di dare la prova della maternità (così come della paternità) *con ogni mezzo*.

In altri termini, se lo strumento di prova della maternità (= il parto) non è in relazione biunivoca con l'essenza che intende dimostrare (= chi è madre) poiché tale qualità può essere attestata con strumenti probatori diversi dal parto, il problema si sposta sulla definizione della figura in questione e sugli elementi che valgono a costituirli nell'ordinamento dato.

Come si è accennato a proposito della rilevanza ed efficacia del consenso alla sottoposizione alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e si proverà a dire in seguito scandagliando talune previsioni della legge n. 40/2004, l'irruzione dell'artificialità nel processo generativo ha comportato un mutamento nell'apprezzamento giuridico della maternità e paternità: adesso, dal punto di vista normativo, non più concetti assoluti, ma *relazionali*.

La maternità, in particolare, che finora sembrava esserlo, va anch'essa declinata nei confronti del/la bambino/a di cui si intende accertare il legame giuridico. Detto altrimenti, non è un *a priori*, ma una qualità che acquista a seguito di un procedimento. In esso bisogna valutare la rilevanza del consenso ai fini dell'acquisto della genitorialità e verificare se, nel sistema complessivamente inteso, il *fatto* della procreazione sia considerato come mero impulso per la produzione degli effetti, per il resto demandati alla volontà legislativa, ovvero se abbia rilevanza – in varia intensità – il momento volontaristico. Sul punto si tornerà (§ 6).

31 Per l'affermazione che il 3° comma dell'art. 269 c.c. si basi «sul presupposto della procreazione con mezzi naturali, ove la madre genetica e la gestante non possono che essere la stessa donna», sicché non potrebbe applicarsi al caso della fecondazione eterologa con ovodonazione v. L. Lenti, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, cit., p. 1708 (e ivi nota 6).

32 Questa seconda accezione è motivatamente e condivisibilmente preferita da B. Pezzini, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismi.it*, 1/2017, II, p. 183 ss., p. 194.

5. Segue

Altro plesso normativo da sottoporre a scrutinio è la legge in tema di procreazione medicalmente assistita. In essa l'approccio binario e duale del codice civile (dentro/fuori; uomo/donna) che si fonda sul canone biologico viene per molti versi scardinato dalla *prevalenza dell'elemento volontaristico* su quello biologico, il quale in misura più o meno marcata può assumere carattere recessivo. L'incidenza dell'artificio sulla natura, preponderante nella fase della costituzione del processo generativo, tende poi a richiudersi in un recupero dell'*imitatio naturæ* nella fase della formalizzazione del rapporto di filiazione grazie all'inedita ultrattività del consenso cui s'è accennato.

Due previsioni sono specificamente dedicate al nostro tema. L'art. 8 presenta un enunciato con due diverse chiavi di lettura: la prima è quella di tipo sistematico che riconduce i figli generati tramite procreazione medicalmente assistita ad un ordine binario non pienamente coincidente con quello codicistico (e costituzionale) dei figli nati nel matrimonio o fuori di esso. Invero in questa seconda ipotesi la categoria dei figli nati fuori del matrimonio subisce una torsione in senso finalistico con la metamorfosi *ex lege* di *figli riconosciuti* della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche. Quindi: figli nati nel matrimonio / figli *tout court* riconosciuti. La seconda chiave di lettura è quella, di tipo immediatamente precettivo – anche se disapplicata nella prassi –, per cui la volontà manifestata dalla coppia di persone eterosessuali conviventi di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita – e non revocata – ha una valenza ultrattiva, proiettandosi sul nato come volontà di riconoscimento di quest'ultimo. In certo modo la fattispecie si avvicina a quella del riconoscimento del nascituro di cui all'art. 254 c.c. e all'art. 44, d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, con la particolarità di essere stavolta un riconoscimento effettuato *congiuntamente* dai futuri genitori e *prima* che il procedimento fecondativo abbia avvio.

L'art. 9 prende esplicitamente in esame la tecnica che presenta – tra quelle oggi ammesse – il più alto tasso di artificiosità, ossia la procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. Essa può anche essere bilaterale e quindi avvicinarsi, almeno per ciò che concerne l'aspetto della corrispondenza genetica tra ascendenti e figlio, alla genitorialità adottiva, integralmente fondata sull'elemento volontaristico.

La previsione, il cui tenore letterale non ha subito aggiornamenti a seguito delle riforme intervenute in tema di filiazione né delle pronunce dell'Alta Corte, fa riferimento al consenso *desumibile anche per fatti concludenti* del coniuge o del convivente all'accesso alle tecniche di tipo eterologo, e dunque va oggi corretta interpretativamente, riportando la fattispecie alla regola del consenso espresso e congiunto di entrambi i componenti della coppia, di cui all'art. 6. Il contenuto precettivo che segue è tutto nel segno della prevalenza della scelta di genitorialità a suo tempo assunta nella consapevole deficienza dell'elemento della corrispondenza genetica con il futuro nato: così per il figlio nato all'interno del matrimonio al genitore è interdetta l'azione di disconoscimento della paternità³³.

Il donatore di gameti³⁴, d'altra parte, non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato (verosimilmente nemmeno in caso di esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità da parte del figlio medesimo: art. 244, penult. comma, c.c.; né di contestazione dello stato di figlio: art. 248), non può far valere nei confronti di quest'ultimo alcun diritto, né essere titolare di obblighi (art. 9, ult. comma). *Lo stesso non andrebbe sempre affermato* per l'ipotesi speculare della *donatrice di ovociti*. La soluzione positiva va ribadita qualora costei effettui una donazione altruistica, giacché intende rinunciare al rapporto di genitorialità con il futuro nato a favore della madre gestante/intenzionale³⁵. A diversa conclusione dovrebbe *in thesi* pervenirsi in presenza di una sorta di autodonazione, eseguita nel quadro di un percorso procreativo comune con la propria compagna (unita civilmente, convivente): qui si staglia una condotta rilevante ai fini della assunzione della genitorialità e dell'instaurazione del legame di filiazione con il/la nato/a.

Come già ricordato, nei confronti della donna che abbia dato alla luce un figlio facendo ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, sia di tipo omologo sia di tipo eterologo, l'art. 9 pone il divieto di avvalersi della facoltà di non essere nominata nella dichiarazione di nascita.

Altro comparto di regole da richiamare è, infine, quello concernente la genitorialità/filiazione adottiva: anche per esso va vagliata la continuità con le prescrizioni codicistiche. Al riguardo una prima linea di discontinuità appare evidente: l'adozione si fonda sull'elemento volontario e presuppone l'assenza di legami genetici e/o biologici tra genitore e figlio.

33 La cui disciplina non è più quella ancora richiamata dell'art. 235 c.c., abrogato, ma va riportata agli artt. da 243-bis a 247 c.c.

34 In tema cfr. M. Basile, *I donatori di gameti*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, II, p. 223 ss.

35 In questo senso, puntando l'attenzione sul profilo dell'assenza di responsabilità di chi effettua la donazione del materiale genetico con esclusiva finalità solidaristica, v. A. Sassi, *Azioni di stato*, in A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*², nel *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, *Le persone e la famiglia*, 4, Milanofiori Assago, 2018, p. 351 ss., p. 361.

Nell'adozione piena la norma di riferimento è l'art. 27, l. n. 184/1983, che, com'è noto, stabilisce che il bambino adottato acquista lo stato di figlio *nato nel matrimonio* degli adottanti. In questa ipotesi non è il caso di parlare di finzione giuridica, ma di una filiazione nel matrimonio fondata esclusivamente sulla volontà dei genitori adottivi (e acconsentita dal minore nei casi in cui abbia raggiunto l'età di quattordici anni) ritenuta apprezzabile nell'esclusivo interesse del minore da parte del tribunale che pronuncia la sentenza.

Nell'adozione in casi particolari la genitorialità degli adottanti (se coniugati: art. 44, 3° comma) o dell'adottante (nei casi di cui alle lett. a), c), d)) è fondata sull'elemento volontario (con il consenso dell'adottando se quattordicenne, e l'assenso dei genitori e del coniuge dell'adottando, in certi casi superabile: art. 46) positivamente apprezzato dal tribunale in vista della realizzazione del miglior interesse del minore.

Qui la possibile mancanza dello stato di coniugato da parte dell'adottante fa sì che si abbia una genitorialità monoparentale volontaria *sui generis*, non rientrante a rigore nella categoria della genitorialità fuori del matrimonio se non in senso meramente e latamente descrittivo, dal momento che non si assiste né a un riconoscimento, né a una dichiarazione giudiziale a mente dell'art. 269 c.c.

Considerando le prescrizioni della legge n. 40/2004 può osservarsi come esse, riguardo al nato, mirino a garantire una indefettibile bigenitorialità (eterosessuale), che si costituisce sin dall'espressione del consenso congiunto di accedere alle tecniche; volontà che può essere revocata soltanto fino al momento della fecondazione dell'ovulo (salvo rifiuto di sottoposizione all'impianto dell'embrione e crioconservazione dello stesso, o *tout court* disapplicazione della regola). In questo senso va intesa la previsione dell'art. 8, che fa ottenere al bambino automaticamente la condizione di figlio riconosciuto, senza bisogno della apposita dichiarazione di ciascuno dei genitori non coniugati. E così pure quelle dell'art. 8 e dell'art. 9 sul divieto di disconoscimento della paternità e di avvalersi della facoltà di non essere nominata della puerpera.

6. L'assunzione della genitorialità: prime possibili conclusioni

Provando a tirare le fila del discorso, per quanto concerne gli aspiranti genitori le prescrizioni della legge sull'adozione e quelle della legge in tema di procreazione medicalmente assistita esaminate esibiscono una marcata accentuazione dell'elemento volontaristico rispetto a quello biologico. Nella legge n. 40/2004 la scelta di sottoporsi alle tecniche di fecondazione artificiale viene proiettata nel futuro come se la nascita fosse già avvenuta, superando possibili ripensamenti, specie in caso di ricorso alle tecniche di tipo eterologo. In quest'ultima evenienza addirittura la genitorialità assume una preponderante valenza volontaristica, residuando per la gestante l'estremo "naturale" della gravidanza e del parto che riportano la fattispecie al modello tradizionale su cui si fonda, nel codice civile, la costituzione del legame giuridico con il nato. E va sottolineato come il ritorno alla "naturalità", scandito e determinato dall'avvio della gravidanza, segni per la donna il riaprirsi del potere di scelta sulla gestazione che in certo modo l'accesso alle tecniche restringe significativamente.

Non si deve necessariamente parlare di *finzione giuridica* nel caso della procreazione di tipo eterologo, come se il modello unico fosse quello della derivazione genetica, cui gli altri devono comunque riportarsi, pena l'irrelevanza giuridica. Piuttosto va detto che il sistema della genitorialità nella procreazione medicalmente assistita va – in quanto tale – coordinato a quello codicistico secondo una linea di equiordinazione. Per meglio dire, la genitorialità attuata tramite procreazione assistita si *aggiunge*, con il suo carico di volontarietà, a quella fondata sul canone di derivazione genetico-biologica propria del codice civile e la arricchisce di nuovi contenuti.

All'interno del matrimonio si avrà una genitorialità biologica, una genitorialità volontario-biologica in cui la proporzione dei due elementi è variabile a seconda delle circostanze del caso concreto, e una genitorialità meramente volontaria. Nella legge n. 40/2004 l'elemento volontario è sempre preminente su quello squisitamente naturale pure se si fa ricorso a tecniche di tipo omologo. D'altra parte si potrà dare una filiazione non geneticamente correlata ai genitori (per via di doppia eterologa), ma da ricondurre alla categoria della filiazione all'interno del matrimonio, con un tasso di volontarietà analogo a quello della genitorialità adottiva.

La filiazione fuori del matrimonio può allo stesso modo presentarsi come irrelata geneticamente alle figure parentali e tuttavia essere filiazione "riconosciuta", in quanto frutto di una precisa non revocata volontà di attuare il progetto procreativo comune con il/la *partner*.

In conclusione emerge un sistema basato su un articolarsi plurale di elementi che danno vita alla genitorialità in un *mix* variabile di fattualità e di volontà, di natura e di artificio.

Si può affermare l'esistenza, nell'ordinamento dato, di diversi modi per acquisire la qualità di madre, e quindi *plurimi concetti di maternità*: maternità biologica tradizionale, che coniuga dato genetico e dato gestazionale; maternità adottiva, che prescinde dal dato biologico (genetico e gestazionale) e si fonda sul dato squisitamente volontario; maternità attuata tramite il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Quest'ultima categoria può prevedere sia una maternità biologica tradizionale, sia una maternità solo gestazionale (in caso di fecondazione eterologa, con seme di una donatrice), sia una maternità genetica³⁶ e volontaria (quando altra donna, ad es. la propria *partner*, porta avanti la gravidanza nel quadro di un progetto procreativo comune; ovvero quando si ricorre alla gestazione per conto altrui con embrione formato con l'ovulo della madre intenzionale), sia una maternità solo volontaria, affine a quella adottiva, che si ha quando si ricorre alla gravidanza per altri e l'embrione è formato con ovulo di una donatrice.

Lo stesso può dirsi per la *paternità*, che può distinguersi in paternità genetica naturale; genetica tramite tecniche di procreazione medicalmente assistita; volontaria tramite tecniche di procreazione medicalmente assistita; volontaria tramite adozione.

Tornando all'interrogativo se le previsioni richiamate rappresentino delle deroghe alle regole generali, di diritto comune, del codice civile, ovvero se esse costituiscano dei microsistemi che esprimono logiche in parte antitetiche rispetto a quelle codicistiche, le quali, pertanto, non sempre sono richiamabili in via estensiva o analogica, l'analisi condotta porta a declinare il rapporto tra le prescrizioni in tema di acquisto della genitorialità non in termini di regola/eccezione, né di diritto comune/diritto speciale, bensì di *coesistenza* di sistemi differenti basati su logiche peculiari, *non riducibili a sintesi unitaria*. Sicché in mancanza di disposizioni in un microsistema non si farà ricorso automaticamente alle previsioni di diritto comune, ma bisognerà vedere di volta in volta se sussistano i presupposti per una loro applicazione in via analogica.

Quanto al secondo interrogativo, emergono lacune non bagatellari.

Manca, come s'è detto, l'attenzione del legislatore per la genitorialità all'interno della coppia eterosessuale convivente con contratto di convivenza, che dovrebbe essere assimilata, per le ragioni già dette, alla coppia coniugata rispetto alla formalizzazione del rapporto di genitorialità realizzato sia *in vivo* sia *in vitro*. E forse anche per quella della coppia (eterosessuale) convivente con registrazione anagrafica della comune residenza.

Manca, ancor di più, la genitorialità "sommersa" delle coppie omoaffettive, da quelle ufficializzate con la celebrazione dell'unione civile a quelle a formalizzazione via via digradante con contratto di convivenza, con residenza anagrafica comune, conviventi *de facto*³⁷.

Manca la considerazione degli effetti della gestazione/gravidanza per altri (GPA) o gestazione/gravidanza d'appoggio (GDA)³⁸.

Il giurista, tuttavia, registra l'esistenza di famiglie e legami genitoriali sommersi che reclamano riconoscimento e tutela.

Si pone in tutta la sua asprezza la questione se non dell'*an* comunque dei modi per l'acquisizione alla giuridicità e la formalizzazione di legami di genitorialità/filiazione *atipici* nella loro genesi, nelle modalità realizzative, nella loro configurazione concreta. Una prassi che non intende scardinare il paradigma binario (biologico) tradizionale, ma ottenere uguale dignità senza dover essere costretta entro lo schema di una mono-genitorialità formale che copre una genitorialità *plurale*.

36 Per l'affermazione che la lettura dell'art. 269, 3° comma, c.c., come norma dalla valenza probatoria e non costitutiva può condurre a riconoscere la maternità soltanto genetica tramite dichiarazione giudiziale cfr. L. Lenti, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, cit., p. 1714, p. 1717. Cfr. altresì S. Stefanelli, *Status, discendenza ed affettività nella filiazione omogenitoriale*, in *Famiglia e diritto*, 1/2017, p. 83 ss., spec. p. 95 ss.; *Ead.*, *Procreazione e diritti fondamentali*, e *Grado di accertamento e titoli costitutivi*, entrambi in A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, nel *Trattato dir. civ.*, diretto da R. Sacco, *Le persone e la famiglia*, 4, Milanofiori Assago, 2018, rispettivamente p. 93 ss., e p. 221 ss.; A. Sassi, *Accertamento e titolarità nel sistema della filiazione*, e *Azioni di stato*, anch'essi in A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*², cit., p. 3 ss., e p. 351 ss.

37 Su tali profili nel contesto antecedente all'emanazione della legge 20 maggio 2016, n. 76, sia consentito rinviare al nostro *Coppie sterili o infertili e coppie same-sex. La genitorialità negata come problema giuridico*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2015, p. 203 ss.. Per una panoramica centrata sul dato normativo aggiornato v. A. Arceri, *Unioni civili, convivenze, filiazione*, in *Famiglia e diritto*, 10/2016, p. 958 ss.

38 Sul punto oltre al suggestivo saggio di B. Pezzini, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, cit. (nota 31), si v. M. Gattuso, *La surrogazione di maternità o gestazione per altri (GPA)*, in G. Buffone, M. Gattuso, M.M. Winkler, *Unione civile e convivenza*, cit., p. 271 ss.

7. La responsabilità genitoriale di single, conviventi, coppie unite civilmente, ovvero la responsabilità parentale nelle famiglie atipiche e/o sommerse

Il divieto di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per singoli e per le coppie ad orientamento omoaffettivo, al di là dei dubbi di costituzionalità che solleva, determina l'esistenza di rapporti genitoriali costituiti all'estero ove tali pratiche sono ammesse. Essi faticosamente, a volte in maniera intermittente, ottengono riconoscimento nel nostro ordinamento o attraverso la trascrizione dell'atto di nascita costituito all'estero che intesta la genitorialità ai due *partner* della coppia gay o lesbica, ovvero tramite l'adozione: o pronunciata direttamente dalle corti interne a mente dell'art. 44, lett. d), l. adoz., ovvero ammettendo che nel nostro ordinamento si producano gli effetti del provvedimento straniero. Per la articolata illustrazione di tali questioni si rimanda alle riflessioni svolte dagli altri relatori.

Nei molti casi in cui ciò non si realizza, il rapporto con la prole trova riconoscimento formale in capo al genitore geneticamente o biologicamente correlato al bambino, e si svolge in via di puro fatto con l'altro. Si assiste ad una mono-genitorialità formale che si sovrappone a una genitorialità *plurale* che rappresenta la realtà della vita del bambino e della coppia, ma alla quale l'ordinamento stenta a dare riconoscimento, lasciandola mutilata.

L'esigenza di dare copertura giuridica a tali rapporti per salvaguardare il superiore interesse del minore³⁹ alla protezione e alla cura necessari per il suo armonico sviluppo, per garantire la coincidenza tra vissuto e identità personale giuridicamente affermabile in ogni contesto dell'esistenza del bambino, per tutelarla dal punto di vista successorio, previdenziale, socio-sanitario, scolastico, della rete di parenti e affini, e via discorrendo, è affermata dalla Corte EDU in numerose decisioni che danno rilievo ai rapporti familiari di fatto (*de facto family ties*)⁴⁰ e che mettono in primo piano il diritto del minore alla sua vita privata e familiare, al riconoscimento e al consolidamento formale della sua identità personale nei diversi contesti sociali e familiari in cui si svolge la sua personalità⁴¹.

Tralasciando lo scrutinio delle strategie seguite dalle nostre Corti per conseguire o quantomeno avvicinarsi a tale risultato, tema oggetto di altre relazioni, ci si limita a mettere in evidenza alcuni *leit-motiv* che emergono nel dibattito odierno, e rispetto ai quali si può nutrire qualche perplessità.

Il canone della bigenitorialità viene, ad esempio, inteso di frequente in senso assoluto sia dal punto di vista biologico che da quello giuridico, e lo spettro delle figure parentali insuscettibile di aprirsi alla rilevanza giuridicamente apprezzabile di soggetti che abbiano partecipato al progetto procreativo (come nel caso di genitorialità realizzata, all'interno di una coppia eterosessuale, mediante il ricorso alla GPA, con ovulo della madre sociale) e/o che condividano l'esperienza genitoriale. Titolarità ed esercizio della responsabilità genitoriale sembrano non potersi allargare oltre la dualità della coppia.

Si tratta di un approccio ideologico alla questione, basato sul paradigma eterosessuale delle relazioni affettive e familiari – sia in senso orizzontale, sia nel suo sviluppo verticale – e sulla ineluttabile binarietà del modello genitoriale (due *partner* eterosessuali, due genitori), semmai riducibile in senso monogenitoriale, ma mai espandibile in senso plurale.

Sottostante è il pregiudizio naturalistico: la biologia nella sua primigenia strutturazione, non sfiorata da alcun progresso scientifico, e assunta così com'è, in presa diretta, come dato grezzo, non accompagnata da adeguata riflessione sul suo senso e sulla sua portata una volta che l'uomo, essere senziente,

39 Sulle possibili declinazioni della clausola generale del superiore interesse del minore v. di recente le riflessioni di L. Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Rivista di diritto civile*, 1/2016, p. 86 ss.

40 Così, ad es., Corte Edu, decisione del 13 giugno 1979, ric. 6833/74, *Marckx c. Belgio*, § 31; Corte Edu, decisione del 27 ottobre 1994, *Kroon et al. c. Paesi Bassi*, § 30; Corte Edu, Grande Camera, decisione del 22 aprile 1997, ric. 21830/93, *X, Y e Z c. Regno Unito*, §§ 36, 37; Corte Edu, decisione del 12 luglio 2001, ric. 25702/94, *K. e T. c. Finlandia*, § 150; Corte Edu, Sezione II, decisione del 1° giugno 2004, ric. 45582/99, *L. c. Paesi Bassi*, § 35; Corte Edu, Grande Camera, decisione del 19 febbraio 2013, ric. 19010/07, *X et al. c. Austria*, §§ 95, 96; Corte Edu, Sezione II, decisione del 27 gennaio 2015, ric. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, § 67; Corte Edu, Grande Camera, decisione del 24 gennaio 2017, ric. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, §§ 148, 149, tutte reperibili su <http://hudoc.echr.coe.int>.

41 Cfr., ad es., Corte Edu, V sezione, decisione del 26 giugno 2014, ric. 65192/11, *Mennesson c. France*, punto 80; Corte Edu, V sezione, decisione del 26 giugno 2014, ric. 65941/11, *Labassee c. France*, punto 56, entrambe reperibili su <http://hudoc.echr.coe.int>.

In dottrina offre una disamina, condotta sotto lo spettro della salvaguardia del preminente interesse del minore, della situazione della prole all'interno delle coppie unite civilmente e di quelle conviventi "di fatto" secondo la legge n. 76/2016 E. Quadri, *La tutela del minore nelle unioni civili e nelle convivenze*, cit., spec. p. 571 ss.

razionale, evoluto, entra in contatto e governa, per molti versi, la natura, così come avviene nella progredita società contemporanea.

Seppure il modello della bigenitorialità sia prevalente e ad esso vada il *favor* del legislatore e degli interpreti, tuttavia non se ne dovrebbe trarre un dogma.

Per un verso la realtà si incarica di ricordarci che esiste ed è diffusa una genitorialità monoparentale. Per altro verso alcune linee di faglia nella (asserita) compattezza del sistema fanno propendere per l'ammissibilità di una pluralità di figure genitoriali dal lato materno e da quello paterno sia nel senso di una co-maternità o una co-paternità, sia nel senso di un possibile incremento di figure genitoriali oltre il paradigma binario.

Tenuto conto che il principio-guida è quello della cura e della protezione del minore, come si ricava dalla Costituzione, non è da ipotizzare una preclusione aprioristica a dette soluzioni, la cui ammissibilità va valutata caso per caso in funzione dell'atteggiarsi della situazione concreta e in vista della realizzazione del migliore interesse della prole.

Un superamento del paradigma binario delle figure parentali si ha nella disciplina dell'adozione dei minori, nell'ipotesi dell'art. 44, lett. b), qualora il figlio abbia entrambi i genitori biologici e venga adottato dal coniuge di uno di essi. Vero è che la responsabilità parentale si concentra sulla coppia dei coniugi (art. 48, l. adoz.), ma ai sensi dell'art. 316 c.c. al genitore che non esercita la relativa responsabilità compete sempre il potere di vigilare sull'educazione, istruzione, e sulle condizioni di vita del figlio. Ed è pure ammesso che l'esercizio della responsabilità venga ripreso dal genitore ove cessi quello dell'adottante (art. 50). La legge n. 184/1983, d'altra parte, salvaguarda la continuità delle relazioni affettive consolidate tra il bambino e la famiglia affidataria sia quando il minore rientri nella famiglia d'origine, sia quando venga adottato da altra famiglia, in vista della protezione e della salvaguardia della posizione del bambino («se rispondente all'interesse del minore»): art. 4, comma 5-ter.

Nel silenzio del legislatore – il ddl S. 1320 sulla delega all'esercizio della responsabilità genitoriale⁴² non è mai arrivato all'esame del Parlamento o delle Commissioni e certamente non sarà approvato in questo ultimo scorcio di legislatura – è tuttavia ammissibile il ricorso all'autonomia privata e si possono ipotizzare dunque negozi di tipo familiare con cui il o i genitori legali diano vita con il genitore degli affetti ad accordi analoghi a quelli ammessi in Francia con la cosiddetta *délégation partage*⁴³.

In definitiva nel sistema dato sta alla sensibilità dell'interprete riuscire a fornire risposte duttili e adeguate ai bisogni di tutela che emergono in questo frastagliato scenario.

Viene in evidenza un panorama familiare *reale* mortificato dall'ingabbiamento in regole inchiodate su un modello di genitorialità che si vuole statico, immutabile, inscalfibile e non scalfito dall'emersione di interessi individuali e di coppia, che si pongono in più o meno marcato dissenso rispetto a paradigmi valoriali imposti autoritativamente.

42 Di iniziativa dei senatori Manconi, Palermo, Lo Giudice, del 19 febbraio 2014, prevede l'introduzione di un titolo VII-bis nel libro I del codice civile relativo alla delega all'esercizio della responsabilità genitoriale, comprendente tre nuovi articoli, dal 290-bis al 290-quater. Nel primo, in particolare, è contemplato che «I genitori congiuntamente, ovvero il solo genitore esercente la responsabilità in caso di morte, decadenza dall'esercizio della responsabilità o mancato riconoscimento da parte dell'altro genitore, possono, con ricorso e secondo la procedura di cui al secondo comma, richiedere al tribunale nella cui circoscrizione risiede il minore, di delegare una persona maggiorenne, che non si trovi nelle condizioni di cui all'articolo 330 e che vi consenta, all'esercizio della responsabilità genitoriale nei confronti del medesimo minore. La dichiarazione di volontà del genitore può essere espressa anche mediante testamento. (...)».

43 Art. 377-1 *code civil*: «La délégation, totale ou partielle, de l'autorité parentale résultera du jugement rendu par le juge aux affaires familiales. Toutefois, le jugement de délégation peut prévoir, pour les besoins d'éducation de l'enfant, que les père et mère, ou l'un d'eux, partageront tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale avec le tiers délégataire. Le partage nécessite l'accord du ou des parents en tant qu'ils exercent l'autorité parentale. La présomption de l'article 372-2 est applicable à l'égard des actes accomplis par le ou les délégants et le délégataire. Le juge peut être saisi des difficultés que l'exercice partagé de l'autorité parentale pourrait générer par les parents, l'un d'eux, le délégataire ou le ministère public. Il statue conformément aux dispositions de l'article 373-2-11».

*Ilaria Giannecchini**

La genitorialità delle coppie omosessuali nell'ordinamento inglese: diritti e doveri secondo la legge e la *common law* dopo lo *Human Fertilisation And Embryology Act 1990-2008*

Sommario

1. Introduzione – 2. *Surrogacy Arrangement Act 1985* e la genitorialità delle coppie omosessuali – 3. Lo *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* e le *same sex couples* – 4. L'erosione giurisprudenziale dei divieti dell'*Adoption Act* e dello *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* – 5. *Parenthood, parentage e parental responsibility* – 6. *Multiple-Parent Family* – 7. Lo *HFEA* del 2008 e l'accesso alle coppie omosessuali alle tecniche di fecondazione assistita – 7.1. L'interpretazione *ultra legem pro parenthood* della *common law* relativa alla *section 44 HFEA* – 8. La necessaria esegesi creativa della *common law* dopo la riforma dello *HFEA 2008* – 9. La riforma del *Surrogacy Arrangement Act 1985* con *Lo Hfea 2008* – 10. Conclusioni

Abstract

L'articolo esamina l'evoluzione dell'approccio giurisprudenziale e legislativo alla genitorialità omosessuale in Inghilterra. L'analisi delle leggi principali, quali il *Surrogacy Arrangements Act 1985*, *Civil Partnership Act 2004*, lo *Human Fertilisation and Embryology Act* del 1990 e 2008 si intreccia con l'analisi delle sentenze delle Corti Inglesi, coinvolte anche nella risoluzione dei problemi legati alle coppie lesbiche e ai "known sperm donors" o alle esigenze *Multiple-Parent Family*. Ne emerge un complesso sistema giuridico che valorizza l'idoneità genitoriale, scardinandola dall'orientamento sessuale della coppia genitoriale, ma che contestualmente, mostra il lato peggiore della *common law* quando il vincolo del precedente, pur di perseguire comunque il miglior interesse del minore nei casi concreti, si perde tra sentenze, estensive o restrittive o creative, in contrasto tra loro.

The article examines the evolution of the common law and statute law approach to homosexual parenting in England. The analysis of the main Acts, such as the Surrogacy Arrangements Act 1985, Civil Partnership Act 2004, the Human Fertilization and Embryology Act of 1990 and 2008 is intertwined with the analysis on the judgments of the English Courts, also involved in the resolution of problems related to lesbian couples and "known sperm donors" or to the Multiple-Parent Family needs. The result is a complex legal system that enhances parental capacity, undermining it from the sexual orientation of the parental couple, but which, at the same time, shows the worst side of the common law, that is when the principle of stare decisis is lost between judgments, extensive or restrictive or creative, in contrast to each other, in order to pursue the best interests of the child in the specific and single cases.

* Avvocato iscritta al Foro di Firenze e PHD in Comparative Law, Università di Firenze.

1. Introduzione

L'ordinamento inglese, per secoli, è stato ferocemente ostile alle coppie omosessuali. Nel 1533 venne emanata la prima legge che sottraeva la sodomia sia etero che omosessuale alla giurisdizione delle corti ecclesiastiche e la puniva con la morte, in nome del Re¹.

Nel 1885, si assiste, però, ad un radicale mutamento nella politica legislativa, poiché si abbandona la persecuzione dell'atto sessuale, per punire direttamente la categoria degli omosessuali stessi (*Criminal Law Amendment Act 1885*). Impostazione repressiva, questa, che viene confermata nel 1956 con il *Sexual Offences Act*. La svolta si è avuta nel 1967 con il nuovo *Sexual Offences Act* che ha, invece, depenalizzato l'omosessualità, purché la relazione sia consenziente e tra persone maggiori di anni 21. Dal 2001, poi, l'età del consenso è stata equiparata a quella dei rapporti eterosessuali, ossia a 16 anni².

Parallelamente, la genitorialità degli omosessuali³, nei secoli, è stata sotto vari profili giuridicamente castrata, costringendoli a districarsi tra le lacune normative e a sperare nella complicità della giurisprudenza inglese, che ha però tardato a materializzarsi.

La riforma della legge sull'adozione, *Adoption Act 1976*, in parte ha rappresentato uno spiraglio per la genitorialità delle coppie omosessuali, poiché alla sec. 15 disciplinava l'adozione del single. Ma per molti anni dalla sua entrata in vigore, a causa di servizi sociali assolutamente distanti dalla realtà omosessuale, l'*adoption order* non veniva emesso se, durante l'indagine di rito, emergeva che il richiedente fosse un gay o una lesbica.

Deve attendersi invero la metà degli anni novanta affinché, dietro le pressioni di studi psicologici e sociologici che negavano ogni rilevanza all'orientamento sessuale dell'adottante, come parametro per la valutazione della sua capacità genitoriale, le Corti inglesi mutassero orientamento (*infra*).

Poco prima del *revirement* giurisprudenziale sull'adozione del single omosessuale, però, nel 1985, con il *Surrogacy Arrangement Act* l'approccio verso le coppie omosessuali, per caso e per la fretta, si era ribaltato.

2. Surrogacy Arrangement Act 1985 e la genitorialità delle coppie omosessuali.

Il *Surrogacy Arrangement Act* (di seguito SAA) del 1985 ha rappresentato, in realtà, la frettolosa risposta allo scompiglio creato dalla sentenza *Baby Cotton*⁴, tanto da essere definita una "*stop-gape measure*", ossia uno strumento legislativo tappabuchi. La legge, poi modificata nel 1990 e nel 2008 (*infra*), si articola in sole 5 *sections* e la prima, secondo la tipica tecnica legislativa inglese, ha una funzione interpretativa, finalizzata a circoscriverne l'ambito di applicazione. Vi si legge infatti la definizione di madre surrogata e degli accordi di maternità surrogata⁵ e si comprende che si considera *surrogate mother* colei che, in forza

- 1 Il *Buggery Act* stabiliva che tutti gli atti sessuali a fini non procreativi, ma soprattutto tra *gay*, nonché gli atti di zooerastia, fossero punibili con l'impiccagione. E tale è stata la pena fino al 1861 quando l'*Offences Against The Persons Act* introdusse il carcere fino ad un massimo di due anni.
- 2 Solo nel 2017, però, con il *Policing and Crime Act 2017*, si è assistito al riscatto della dignità degli omosessuali negli anni perseguitati. La legge contiene l'amnistia (nota come *Alan Turing Law*) per tutti coloro che sono stati condannati, tra cui Alan Turing, che già aveva ricevuto il *Royal Pardon* (*posthumously*) nel 2013.
- 3 Per una analisi generale sul tema e sulle problematiche si rinvia a M. Gattuso, *Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'articolo 8, legge 40*, in *Giudicedonna*, www.giudicedonna.it, 1, 2017.
- 4 La bambina era nata a seguito di un contratto di maternità surrogata e la madre che l'aveva partorita, in forza dell'accordo, l'aveva lasciata in ospedale, prima ancora che arrivasse la madre committente e il padre-committente e biologico.
- 5 *Meaning of "surrogate mother", "surrogacy arrangement" and other terms: (1)The following provisions shall have effect for the interpretation of this Act.(2)"Surrogate mother" means a woman who carries a child in pursuance of an arrangement. (a)made before she began to carry the child, and (b)made with a view to any child carried in pursuance of it being handed over to, and [parental responsibility being met] (so far as practicable) by, another person or other persons. (3)An arrangement is a surrogacy arrangement if, were a woman to whom the arrangement relates to carry a child in pursuance of it, she would be a surrogate mother.(4)In determining whether an arrangement is made with such a view as is mentioned in subsection (2) above regard may be had to the circumstances as a whole (and, in particular, where there is a promise or understanding that any payment will or may be made to the woman or for her benefit in respect of the carrying of any child in pursuance of the arrangement, to that promise or understanding).(5)An arrangement may be regarded as made with such a view though subject to conditions relating to the handing over of any child.(6)A woman who carries a child is to be treated for the purposes of subsection (2)(a) above as beginning to carry it at the time of the insemination [or of the*

di un accordo, concluso prima dell'inizio della gravidanza, si è impegnata a consegnare il bambino che nascerà ad un'altra persona o ad altre persone, rinunciando, a loro favore, anche alla responsabilità genitoriale⁶. La legge disciplina indistintamente sia la *partial* che la *total surrogacy*.

Nel primo caso, la madre surrogata viene fecondata con un gamete maschile, che potrà essere di un donatore, soggetto terzo rispetto ai genitori c.d. "intenzionali", oppure del futuro padre committente. Il bambino che nascerà sarà geneticamente figlio della *surrogate mother*, la quale, dunque, è donatrice dell'ovocita e locatrice dell'utero. Nel caso, invece, della *total surrogate motherhood*, la madre surrogata mette a disposizione solo il suo utero, nel quale viene impiantato un embrione formato con i gameti della coppia committente o di terzi donatori.

Nella originaria stesura, il legislatore non aveva posto limiti agli incastri consentiti dalla scienza, pertanto un bambino avrebbe potuto avere fino a 5 genitori: un padre biologico (*genetic father*) una madre biologica (*genetic mother*), un *rearing father* (padre che lo alleva), una *rearing mother* (madre che lo alleva) e una *gestating mother* (madre che porta a termine la gravidanza).

Sempre nella legge del 1985 era stata prevista la possibilità che il committente potesse anche essere un *single* (*to another person or other persons*) e questa "svista" avrebbe potuto consentire, in teoria, agli omosessuali di commissionarsi un figlio, lavorando nell'ombra lasciata dal legislatore. Il condizionale è necessario, poiché lo *status* genitoriale degli *applicants* (coloro che intendono essere registrati come genitori) era stato lasciato in un pericoloso limbo giuridico, affidato al buon senso dei giudici, che, nel tentativo di trovare una soluzione per regolamentare il rapporto di filiazione tra i genitori intenzionali e il bambino "commissionato", si erano rivolti all'istituto dell'adozione⁷. Purtroppo, però, fino alla metà degli anni novanta (*infra*), se vi era il sospetto che il *single* fosse omosessuale o avesse una relazione omosessuale le corti non emettevano alcun *adoption order*.

Pur nel silenzio dell'*Adoption Act* 1976, i giudici avevano raccolto il disvalore della società per la genitorialità "diversa" e avevano strumentalizzato la loro discrezionalità per giudicare i gay non idonei all'adozione. La speranza, dunque, si annidava nella capacità di riuscire ad ingannare la Corte e i servizi sociali incaricati dell'indagine pre-adozione. E, in ultima analisi, tale aspettativa si amalgamava tristemente con la capacità di riuscire a rinnegare la propria identità.

Deve comunque riconoscersi che l'impostazione della legge del 1985 non agevolava nemmeno le coppie eterosessuali. Alla *Sec. 2*, infatti, si elencano una serie di attività collegate alla realizzazione degli accordi di maternità surrogata, che, se poste in essere a fine di lucro, sono considerate *an offence* (un reato). Si esplicita così il divieto per i privati o per le associazioni di agire *a fini di lucro* per "avviare o prendere parte a trattative con l'obiettivo di realizzare un accordo di maternità surrogata, ... offrire o rendersi disponibile alle trattative per un contratto di maternità surrogata, ... redigere informazioni con l'intento di utilizzarle per stipulare o avviare trattative o accordi per un contratto di maternità surrogata".

In via esegetica la dottrina aveva sostenuto inizialmente che potessero essere investiti dal divieto anche professionisti come i ginecologi, gli avvocati, i consulenti poiché, con la loro professione, inevitabilmente agevolano la realizzazione dei *surrogacy agreements*. Un'interpretazione, questa, che però avrebbe reso illogica la legge, poiché avrebbe privato di aiuti fondamentali le parti dell'accordo. Ed infatti, con il tempo, soprattutto dopo l'emanazione dello *Human Fertilisation and Embryology Act* del 1990, entrato in vigore nel 1991 (*infra*), si sono affermati appositi centri che forniscono ogni tipo di sostegno alla coppia committente e alla madre surrogata, dall'assistenza legale a quella medica, e sono ritenute lecite, benché ovviamente le loro prestazioni siano retribuite. Per contro, la madre surrogata, nella originaria stesura della legge, avrebbe potuto legittimamente ricevere del denaro per la sua "prestazione", ma non avrebbe potuto pretenderlo in via esecutiva. In ogni caso, la *surrogate* aveva, ed ha tutt'oggi, uno strumento coercitivo ben più efficace: il rifiuto di "consegnare" il bambino.

Il SAA, però, nascondeva un dramma normativo ben maggiore, poiché non si esprimeva con riferimento all'ipotesi in cui la madre non avesse voluto cedere il neonato agli *applicants*, lasciando alle corti la decisione sulle sorti del minore in base all'ambiguo criterio del *miglior interesse*. Solo nel 1990 la situazione è stata in parte risolta (*infra*).

Sempre nella originaria stesura dell'*Act*, alla *Sec. III*, si stabilisce il divieto di pubblicizzare su riviste o quotidiani inserzioni pubblicitarie di madri surrogate o di coppie che cercano una madre surrogata. Ancora una volta è prevista una sanzione, ma solo per i terzi, non per le parti dirette dell'accordo. Queste ultime, pertanto, sebbene siano state costrette ad un percorso ad ostacoli, sono passate comunque

placing in her of an embryo, of an egg in the process of fertilisation or of sperm and eggs, as the case may be,] that results in her carrying the child.

6 La responsabilità genitoriale è stata inserita dopo la riforma del *Children Act* 1990.

7 *Re W (minors) (Surrogacy)* 1991, 1 FLR 385.

indenni davanti ad ogni “potenziale” divieto e sanzione. L’intero impianto normativo, proprio per le limitazioni che imponeva ai “terzi necessari” per la realizzazione dell’accordo, sembrava aver voluto vanificare quella liceità riconosciuta, in un primo momento, in fretta e a denti stretti. Se ne ricavava un *agreement non illicito*, ma non disciplinato, soprattutto, per quanto riguarda lo *status* del bambino “commissionato” e per le ipotesi limite, come la morte dei genitori c.d. *intenzionali*, il loro ripensamento o il ripensamento della madre surrogata.

Nel *Surrogacy Arrangement Act*, anche dopo la riforma del 1990, hanno invero malamente convissuto, i due orientamenti etico-culturali opposti. Da un lato, il c.d. *prohibiting approach*, ossia quello più ostile alla maternità surrogata, che non si era imposto, ma aveva trovato spazio nella persecuzione dei “terzi”; dall’altro, era rimasto in un angolo anche il *laissez faire approach*, che avrebbe invece preferito che la *surrogacy* rimanesse una questione privata, gestibile dalla libera contrattazione delle parti, senza limiti o sanzioni.

La legge, ancora in vigore, offriva invero una rudimentale disciplina, che ha richiesto un incisivo intervento di integrazione normativa nel 1990 con lo *Human Fertilisation and Embryology Act* e successivamente ha subito una ulteriore modifica con la riforma del 2008. Quest’ultima si è resa necessaria per la lenta, ma costante, erosione legislativa della famiglia tradizionale fondata sul matrimonio a favore delle coppie omosessuali e di fatto (*infra*).

3. Lo *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*⁸ e le *same sex couples*

Lo *Human Fertilisation and Embryology Act* (di seguito HFEA) del 1990, modificato nel 2008 (*infra*), come suggerisce il titolo, affronta le complesse questioni connesse alla tutela degli embrioni, alle manipolazioni genetiche, alla ricerca e alla sperimentazione sugli embrioni, alle varie tecniche di fecondazione artificiale e assistita, e, da ultimo, introduce delle modifiche sia al *Surrogacy Arrangement Act* del 1985, sia all’*Abortion Act* del 1967.

La legge si presenta, ancora oggi, come una sequenza articolata di pochi divieti e tante autorizzazioni, e si sviluppa secondo una concatenata e analitica regolamentazione di ciò che la scienza può fare, un disorientante insieme di regole ed eccezioni, di eccezioni ad eccezioni, finalizzato a promuovere la ricerca e a garantire un figlio a chi lo desidera. È evidente che il legislatore inglese non si è posto l’obiettivo di orientare le scelte dell’individuo lungo il percorso di una etica o di una morale predeterminata, ma solo di individuare i presupposti e le conseguenze giuridiche delle scelte del singolo, sia esso il futuro genitore o il ricercatore-sperimentatore. Già nel 1990 si legittimava e disciplinava la fecondazione eterologa, la fecondazione della donna single e della donna-nonna, la donazione di gameti e embrioni, senza che alcun limite numerico fosse stato previsto per la produzione di *embryos* in vitro ai fini di impianto; e ciò anche perché i c.d. embrioni sovrannumerari venivano poi utilizzati nella ricerca, per altre fecondazioni o serenamente distrutti.

La riforma del 1990 soffocò subito le speranze lasciate dall’ambiguo *Surrogacy Arrangement Act* 1985, e all’iniziale “involontaria” apertura per le coppie omosessuali seguiva un espresso e indiretto divieto, chiaramente leggibile nell’individuazione dei potenziali *applicants nel marito e nella moglie*⁹. A questi si imponeva l’obbligo di impiegare i gameti di almeno uno dei due per la fecondazione dell’embrione da impiantare nella surrogata. La Sec. 30 disciplinava, poi, l’innovativo *parental order*¹⁰, che sostituiva l’espedito dell’*adoption order* e che consentiva agli *applicants* di ottenere la responsabilità genitoriale sul nato ed essere registrati come genitori del medesimo. Si escludevano, così, espressamente, i *singles* e dunque, indirettamente, si eliminava ogni possibilità per le coppie omosessuali.

In tale *legal framework*, stonava, però, leggere, tra i pochi limiti posti alle pratiche di fecondazione artificiale, il divieto di accesso alle *same sex couples*, peraltro, come premesso, non espressamente di-

8 J. Deward, *The Normal Chaos of Family Law*, 1998, 61, MLR, 467 e ss.; S. Sheldon, *Fragmenting Fatherhood: the Regulation of Reproductive Technologies*, 2005, 68, MLR, 523 e ss. F. Burton, *Family Law*, Routledge, 2012, pp. 286; Mary Welstead & Susan Edwards, *Family Law*, Oxford, Oxford University Press 2011

9 Sec. 30 HFEA 1990: “The court may make an order providing for a child to be treated in law as the child of the parties to a marriage (referred to in this section as “the husband” and “the wife”) if (a) the child has been carried by a woman other than the wife as the result of the placing in her of an embryo or sperm and eggs or her artificial insemination, (b) the gametes of the husband or the wife, or both, were used to bring about the creation of the embryo, and (c) the conditions in subsections (2) to (7) below are satisfied. [...]”

10 *Infra*.

chiarato, ma sublimato da una tecnica legislativa mirata ad individuare, tra i soggetti legittimati, solo l'uomo e la donna tra loro sposati o conviventi.

La stesura della legge è stata anche l'occasione per introdurre l'innovativa formula in forza della quale un uomo avrebbe potuto essere riconosciuto come padre del bambino, a lui non geneticamente legato, se si fosse rivolto, con una donna, ad una clinica autorizzata per la fecondazione assistita (sec. 28 (3) dello HFEA 1990). L'espressione normativa "*in the course of treatment services provided for her and a man together by a person to whom a licence applies*", è stata restrittivamente interpretata come la necessità che la coppia ricercasse il trattamento sanitario nella prospettiva di un '*joint enterprise*' con l'obiettivo di crescere insieme il bambino¹¹. Dunque, se da un lato il mero consenso all'impianto dell'embrione non era sufficiente ad integrare il presupposto per configurare la paternità, dall'altro, si escludeva la necessità che anche l'uomo ricevesse delle terapie. Contemporaneamente, il termine *uomo* ha portato ad escludere che vi potesse accedere un individuo, che era divenuto tale a seguito di interventi e terapie, ma era nato donna, senza che avesse ricevuto il *gender recognition certificate under the Gender Recognition Act*¹².

È evidente che anche la Sec. 28 (3) HFEA, ricorrendo ai termini "donna" e "uomo", si rivolgeva solo alle coppie eterosessuali, ma, non prevedendo che gli stessi dovessero essere conviventi, ha rappresentato un'opportunità anche per le *same sex couples*. Ancora una volta si presentava l'occasione di aggirare il divieto, ricorrendo alla poca dignitosa rinnegazione della propria identità. Non pochi, infatti, sono in casi in cui una coppia lesbica si è messa d'accordo con una coppia omosessuale o con un *known donor* (donatore conosciuto) per "strumentalizzare" la Sec. 28(3) HFEA, spalancandosi poi da soli le porte al conflitto giudiziario. La norma invero era nata per dare il figlio ad una coppia e non a due coppie o a tre soggetti distinti (*infra*).

Non solo. La legge del 1990 ha cercato di sbarrare formalmente le porte alla possibilità delle coppie omosessuali di accedere alle tecniche di fecondazione assistita anche attraverso la formulazione della Sec. 13, punto 5. Sebbene il legislatore avesse previsto la fecondazione della donna single, la quale poi avrebbe potuto condividere la maternità con la compagna, le cliniche avevano il dovere di valutare, prima dell'impianto, il *welfare* (benessere) di ogni bambino che sarebbe nato, tenendo in particolare considerazione il bisogno di quel bambino di avere un *padre*¹³. Colpì, all'epoca, che quella valutazione tanto importante venisse lasciata ai membri della clinica che avrebbero poi dovuto procedere all'impianto e guadagnare sullo stesso, come colpì che la medesima valutazione sul benessere (in generale) del bambino non fosse stata prevista in tutti gli altri casi di fecondazione artificiale. Tale infelice formulazione presupponeva, idealisticamente, che i centri avrebbero rinunciato ai proventi di una inseminazione, basandosi sull'ipotetico pericolo che la mancanza di un padre avrebbe potuto creare un pregiudizio al figlio. Confidava altresì, fantasticamente, che i centri specializzati avrebbero ravvisato un pregiudizio nella mancanza di un padre nel *programma procreativo*.

Come prevedibile, la regolamentazione della fecondazione dalla donna single e la complicità delle cliniche hanno rappresentato una *chance* per le coppie omosessuali, lesbiche e gay, per esercitare il legittimo diritto ad avere un figlio. Le *same sex couples*, però, costrette a muoversi tra i nuovi vuoti normativi e i vecchi principi di *common law* sono andate incontro a numerose difficoltà, come sempre connesse alle ipotesi in cui la scelta finale dipende dalla discrezionalità del giudice (*infra*).

La legge, disciplinando la maternità surrogata e la fecondazione eterologa, impattò ovviamente sulla materia degli *status* dei soggetti coinvolti nella procreazione artificiale o assistita. L'impiego di gameti di terze persone o dell'utero di una terza donna poneva il problema dell'individuazione del *legal parent*, cioè di individuare, chi, secondo l'ordinamento inglese, potesse essere considerato genitore del minore.

Vennero stabilite poche e semplici regole che cercavano di allinearsi ai vecchi principi di *common law*, ancora a fatica applicabili alla nuova realtà normativa, prona alle possibilità scientifiche. Regole

11 Nel caso *In Re D (A Child)* [2005] 2 FCR 223 Lord Hope dichiarò che l'espressione '*receiving treatment services together*' presuppone che la coppia abbia ricercato il trattamento come parte di un '*joint enterprise*', nel senso che entrambi desiderano ricevere i vantaggi della terapia finalizzata ad avere un figlio insieme.

12 In *J v C* [2006] EWCA Civ 551. Oggi a seguito del *Gender Recognition Act 2004* anche i transessuali possono "partecipare al nuovo regime parentale della legge dello HFEA 2008. *Amplius*, Frances Burton, *Family Law*, 2012 (Routledge ed.), p. 288. Per inciso, ricordiamo come il Regno Unito abbia adottato con notevole ritardo tale normativa, che consente ad una persona transessuale di contrarre matrimonio con chi sia del sesso opposto (rispetto a quello acquisito a seguito del cambiamento di sesso). In altri ordinamenti giuridici europei ciò era già possibile sin dai primi anni Ottanta del secolo scorso (ad esempio, la legge italiana in materia risale al 1982). Fu a seguito di una condanna inflitta dalla Corte EDU l'11 luglio del 2002 (resa nel caso *Goodwin c. Regno Unito*, in <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60596>) che si impose l'esigenza di un immediato intervento legislativo, al riguardo.

13 Sec. 13 (5) *A woman shall not be provided with treatment services unless account has been taken of the welfare of any child who may be born as a result of the treatment (including the need of that child for a father), and of any other child who may be affected by the birth.*

ancora oggi applicate perché trasfuse nella riforma del 2008 (*infra*). Si confermava, così, che la madre partoriente fosse comunque riconosciuta come la madre del nato, anche se aveva ricevuto l'ovocita per l'impianto e dunque non fosse la madre biologica (Sec.27 dello HFEA1990, poi, Sec. 33 dello HFEA 2008). La maternità surrogata rappresenta un'eccezione, ma per sovvertire lo *status* di *legal mother*, quale conseguenza automatica del parto, era necessario un *parental order*.

Per contro, l'uomo unito in matrimonio con la partoriente, che si era sottoposta alla fecondazione eterologa, veniva, e viene, riconosciuto come *legal father* del minore, se non riesce a provare di non aver dato il consenso (Sec. 28 dello HFEA 1990 e Sec. 41 dello HFEA 2008). Si confermava il vecchio principio, anche di *common law*, della "*marital presumption of paternity*". Del pari la genitorialità poteva derivare dal c.d. *treatment together* ex Sec. 28 (3) (vedi retro questo paragrafo).

Naturalmente, anche nella vecchia formulazione del 1990, i donatori di gameti non potevano essere riconosciuti come *legal parent* del nato, purché avessero effettuato la donazione tramite una clinica autorizzata.

4. L'erosione giurisprudenziale dei divieti dell'*Adoption Act* e dello *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*

La rigidità manifestata dal Parlamento inglese con lo HFEA del 1990, e prima ancora nel 1976 con l'*Adoption Act*, verso la genitorialità omosessuale, ha trovato, anche se non tanto presto, un ostacolo nella giurisprudenza.

I giudici inglesi, forse perché maggiormente a contatto con il tessuto sociale *reale* e non ideale, o idealizzato dal legislatore, non rimangono mai troppo tempo impantanati nelle secche di un testo legislativo ambiguo o con vuoti normativi o distante dalla realtà che scorre nelle aule giudiziarie; e tantomeno si lasciano influenzare o condizionare dall'*intenzione* del legislatore, racchiusa nei vecchi lavori preparatori. La rivoluzione della *common law* ha riguardato, da prima, l'*Adoption Act* per poi spostarsi, a gamba tesa, verso lo HFEA.

Infatti, nel 1995, dopo 19 anni di resistenza alle legittime richieste di adozione da parte di single dichiaratamente omosessuali, la sentenza *In Re W (Adoption: Homosexual Adopter)*, (*Re E (Adoption: Freeing Order)* [1995] 1 FLR 382.) documenta la decisiva apertura delle Corti inglesi verso la genitorialità delle coppie gay. Veniva così rigettata la richiesta di una madre biologica, che pretendeva la revoca del provvedimento con il quale la *local authority* aveva collocato la figlia presso l'abitazione di una coppia lesbica, in vista dell'adozione da parte di una delle due donne (adozione del single). Poco dopo, nel 1997, nel caso *Re W (Adoption: Homosexual Adopter)* 1997, secondo il Giudice Singer, niente nella legge allora in vigore avrebbe potuto vietare l'adozione da parte di una donna omosessuale che conviveva con un'altra donna in una relazione stabile. L'unico criterio per valutare l'opportunità di emettere l'*adoption order* veniva ravvisato nel perseguimento del *best interest of the child*, ricollegabile, secondo il Giudice, solo all'accertata idoneità genitoriale della coppia, a prescindere dall'orientamento sessuale.

L'apertura delle Corti alle coppie omosessuali, la pressione sociale per il riconoscimento del loro diritto ad avere dei figli, la chiara erosione del pregiudizio verso le *same sex families*, nel 2002, spinge il Parlamento inglese ad una netta virata normativa, che si materializza con la riforma dell'*Adoption and Children Act* 2002, che consente alle coppie del medesimo sesso conviventi l'adozione dei minori. A ruota, nel 2004, il *Civil Partnership Act* disciplina la registrazione delle coppie omosessuali conviventi, consentendo alle medesime di acquisire quasi tutti i diritti e doveri delle coppie sposate¹⁴.

La stessa Corte Suprema¹⁵ sottrae l'istituto del *civil partnership* ad una squalificante assimilazione con il contratto tra due soggetti, precisando che "*Like marriage, it is a status, in which some of the terms are prescribed by law, and which has consequences for people other than the couple themselves and for the state*"¹⁶.

14 F.Burton, *Family Law*, Routledge, 2012, pp. 190; S. Cretney, *Same Sex Relationship from odious crime to gay Marriage*, 2006, Oxford, University Press Oxford; Mary Welstead & Susan Edwards, *Family Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

15 Si ricorda che dal 2009 la House of Lords non è più la corte di ultima istanza, ed è stata sostituita dalla Supreme Court.

16 "*Civil partnership is not called marriage but in almost every other respect it is indistinguishable from the status of marriage in United Kingdom law. It was introduced so that same sex couples could voluntarily assume towards one another the same legal responsibilities, and enjoy the same legal rights, as married couples assume and enjoy. It is more than a contract. Like marriage, it is a status, in which some of the terms are prescribed by law, and which has consequences for people other than the couple themselves and for the state. Its equivalence to marriage is emphasised by the provision in regulation 3(4) that being married and being a civil partner is not to be treated*"

Ed il Parlamento inglese, riflettendo le parole della Corte, nell'agosto 2013, ha approvato il *Same Sex Marriage Act*, disciplinando il matrimonio anche tra gli omosessuali, in alternativa alla *civil partnership*.

4.1. La *Common law*, lo HFEA 1990 e il diritto alla genitorialità delle coppie omosessuali

Come premesso, fino al 2008, le coppie omosessuali non avevano *formalmente* accesso alle tecniche di fecondazione artificiale ed erano dunque costrette, ancora una volta, a muoversi nell'oscurità, sperando nella comprensione delle Corti. L'evoluzione della *common law*, come sempre, ha anticipato le riforme legislative (nel caso specifico lo HFEA del 2008), ma nel suo accidentato cammino, tra lacune normative e principi generali secolari, ha spesso travolto quei diritti che, per il diritto di famiglia italiano, sarebbero intoccabili.

Ad una prima fase esegetica, concentrata su di una interpretazione restrittiva del dettato della legge, ne è seguita un'altra di completo sovvertimento.

Fece scalpore, infatti, nel 2003 il caso *Sperm Donor: Father*¹⁷ poiché un ragazzo, che aveva risposto ad un annuncio di una *lesbian couple* per la donazione del seme da "utilizzare", senza ricorrere alle cliniche specializzate, "per una fecondazione fai da te" (*do-it-yourself, DIY*), era stato condannato a concorrere al mantenimento del minore. La legge del 1990 ben specificava che la paternità biologica del donatore avrebbe potuto essere esclusa solo se la donazione fosse avvenuta presso i centri autorizzati. Diversamente, si sarebbero dovute applicare le regole comuni. Sorprese, all'epoca, che nella sentenza non si attribuisse alcun rilievo all'elemento della *volontà*, all'intenzione del donatore, impostazione, questa, che è stata ben presto sovvertita. I casi di fecondazione "fai da te" di coppie lesbiche, che si erano rivolte a donatori sentimentalmente impegnati in altre relazioni omosessuali o semplicemente in cerca di un figlio o le ipotesi di ricorso all'espedito della fecondazione della donna "fintamente" *single*, ex Sec. 13 HFEA, negli anni 2000, si sono moltiplicati. E, come prevedibile, le cliniche non si erano affatto preoccupate di valutare l'esigenza di un *padre* nel caso di fecondazione di una donna *single*, e, come prevedibile, tale possibilità è stata spesso utilizzata dalle coppie lesbiche.

La *common law*, geneticamente restia a soggiacere a vincoli normativi che non condivide e chiamata sempre più spesso in soccorso di quei diritti che la sfrontatezza umana pone in pericolo, tra il 2006 e il 2009, prima dell'entrata in vigore della riforma dello HFEA, in parte anticipando la nuova stesura della legge, ha travolto giudizialmente i limiti, i divieti e le regole previste dal legislatore. Quest'ultimo è stato formalmente accusato dalle corti di non essere in grado di rispondere in tempi ragionevoli e in maniera uniforme e coordinata ai cambiamenti sociali, soprattutto nell'ambito del diritto di famiglia. Del resto, nel 2005 già erano stati emanati il *Civil Partnership Act* 2004 e l'*Adoption and Children Act* 2002 che consentivano l'adozione da parte delle coppie omosessuali, pertanto i "paletti" dello HFEA 1990 venivano percepiti come odiose incongruenze legislative.

E coerente con tale "sentire" è la motivazione della sentenza *In Re G (Residence Same-Sex Partner)*¹⁸. La Corte d'Appello, infatti, dovendo decidere sull'affidamento di due minori, figlie biologiche della resistente, ma allevate anche dalla compagna convivente (ricorrente) per 8 anni, disponeva lo *shared residence order*¹⁹, facendo conseguire la *parental responsibility* alla ricorrente²⁰. Ed invero, in forza dello HFEA 1990, solo la partoriente era stata riconosciuta come la madre delle minori, mentre la compagna,

as a material difference for the purpose of a finding of either direct or indirect discrimination" (par 26 [2013] UKSC 73 *Bull and another (Appellants) v Hall and another (Respondents)*).

17 [2003] Fam Law 94.

18 [2005] EWCA Civ 462; in http://www.bailii.org/form/search_cases.html; questo è il sito ove possono essere trovate quasi tutte le sentenze citate nel presente articolo.

19 La Sec. 8 del *Children Act* 1989, fino al 2014, prevedeva che le Corti potessero emettere un *contact order* o un *residence order* con riferimento ad un minore per disciplinare il potere/dovere dei genitori di prendersi cura del figlio. Il primo provvedimento è assimilabile al nostro diritto di frequentazione, mentre il *residence order* disponeva con *chi* il bambino dovesse vivere, a *chi* di fatto fosse affidato o dove fosse collocato. La sec 11 del *Children Act* 1989 disciplinava invece lo *shared residence order*, ossia un provvedimento con il quale si prevedeva che il minore fosse affidato ad entrambi i genitori e vivesse con entrambi, sebbene in due case distinte. Non implicava una ripartizione esatta del 50% dei tempi con un *parent* o con l'altro, ma una responsabilizzazione ugualitaria per la crescita, l'educazione e la formazione del minore. Nell'ordinamento inglese anche un soggetto che non è il genitore biologico del minore o che non è il genitore giuridicamente riconosciuto come tale (il termine inglese è *legal parent*; si pensi all'adottante che è *legal parent*, ma non genitore biologico) può ottenere un *residence order* o *shared residence order*. Questi due tipi di provvedimenti fanno acquisire la responsabilità genitoriale.

20 Durante la convivenza, nel 1999 e nel 2001, erano nate due bambine, figlie biologiche della resistente e di un donatore anonimo. Quando, nel 2002, la madre non biologica delle minori aveva iniziato un nuovo rapporto sentimentale con altra donna, la coppia era entrata in crisi e si era posto il problema dell'affidamento delle piccole, comunque cresciute da entrambe

per il diritto, nonostante le avesse allevate, educate, mantenute per anni non rappresentava nessuno. All'epoca, il contenzioso tra due donne omosessuali per l'affidamento di due bambine nate attraverso l'inseminazione eterologa in una clinica privata non era affatto frequente. In primo grado il giudice si era allineato al vecchio orientamento, focalizzato sulla genitorialità biologica, ed era rimasto sordo alle delicate problematiche che chiaramente trasparivano dal contesto. Per contro, la Corte d'appello, sensibile al pregiudizio che quelle bambine avrebbero subito dall'allontanamento della loro "seconda mamma", aggiustò il tiro. Si legge così una motivazione incentrata solo sulle minori, che tralascia totalmente l'omosessualità della coppia. E, nell'interesse della bambine, il Collegio emanava il provvedimento richiesto, attribuendo, anche alla ricorrente, la *parental responsibility*. Con orgoglio, il giudice Thrope LJ, commentando la sentenza, rilevava come le "*authorities demonstrate the evolution of judicial acceptance of the diversity of the family in modern society and made reference to authorities both in the family law field and outside it. We have come a long way from the days when a mother who began a lesbian relationship might well have found that it meant she was not permitted to have care of her children*".

A ruota sono seguite due importanti pronunce.

Il caso *Re D (Contact and Parental Responsibility: Lesbian Mothers and Known Father)*²¹ ha imposto alla Corte una vicenda alquanto surreale e bizzarra. Come si spiega nella lunga motivazione, una coppia di donne omosessuali (*Mrs A and Mrs C*), nel 2000, aveva deciso di crescere un bambino insieme, ma senza escludere la figura paterna, genericamente intesa, dalla vita del figlio. Così, *Mr B*, potenziale padre, rispondeva all'annuncio inserito sul giornale delle due donne e, dopo poco, aveva un rapporto sessuale, finalizzato al concepimento, con *Mrs A*²². Il padre naturale, di fatto, poi, escluso dalle due donne dalla vita del figlio, si era rivolto alla Corte. Se in primo grado il Giudice aveva respinto la richiesta di un *parental responsibility order*, non attribuendo alcun valore alla paternità biologica ed anzi volendo, inaspettatamente, e *contra legem*, preservare l'unità familiare della coppia omosessuale, la Corte d'appello, nel 2006, nel riformare la decisione, attribuiva la *parental responsibility* al padre naturale, ritenendo, per contro, che il vincolo genetico fosse un valore. Il giudice Black motivava la decisione del Collegio sul presupposto che "*most importantly of all is the reality that the man was the child's father*", ragione sufficiente per garantirgli un ruolo nella vita del figlio a prescindere dagli accordi precedenti. Si disponeva però una responsabilità genitoriale tripartita e "di secondo livello" poiché, ancora una volta dimenticando il testo di legge, la Corte prevedeva che tre persone potessero avere la *parental responsibility*, ma che il padre naturale non avrebbe potuto comunque interferire nella vita scolastica e medica del figlio, senza l'autorizzazione scritta delle due donne. Per la prima volta, si tutelava in maniera espressa il nucleo familiare della coppia omosessuale e ciò anche contro una chiara disposizione normativa che avrebbe invece tutelato la figura paterna e il ruolo di padre nella vita della minore.

Come giustamente commenta Julie McCandless, la Corte ha proposto e imposto un uso creativo del concetto di *parental responsibility* che comprime i diritti-doveri di un padre a vantaggio di una coppia, nella quale cresce il minore, restando irrilevante l'orientamento sessuale. Spiega infatti l'autrice che "l'uso 'creativo' della responsabilità genitoriale in *Re D* riflette ulteriormente l'attuale inadeguatezza della terminologia giuridica in una società in cui la genitorialità si verifica sempre più al di fuori dei confini della famiglia nucleare tradizionale. Ciò ha contribuito alla crescente importanza di ottenere un riconoscimento della responsabilità genitoriale in assenza di qualsiasi riconoscimento alternativo o concessione di status che possa meglio adattarsi ad un particolare ruolo genitoriale"²³. Ne emerge un

le donne. Vista l'impossibilità di trovare un accordo, la madre c.d. sociale si era rivolta alla Corte per ottenere un *Contact order* (vedi nota 19) e uno *shared residence order* (vedi nota 19).

21 [2006] EWHC 2 (Fam).

22 In forza della Sec. 28 (3) HFEA 1990 i due genitori avrebbero potuto rivolgersi ad una clinica fingendo di stare insieme, ma, a quel punto, se fortunatamente non fosse emerso "il trucco", il padre biologico sarebbe stato riconosciuto come *legal father* del minore, e questo le due donne non lo volevano. All'epoca, invece, senza il consenso della madre, nel caso in cui i genitori non fossero stati sposati, il padre non avrebbe potuto acquisire automaticamente né lo status di genitore né la *parental responsibility* sul figlio. Da tale incontro sessuale nasceva *D*, ma ben presto iniziavano le discussioni tra le due donne, da un lato, e il padre naturale, dall'altro. La coppia, invero, sin da subito, aveva cercato di emarginarlo, violando gli accordi iniziali, che prevedevano, invece, il suo coinvolgimento. Un tale mutamento di intenti della coppia lesbica indusse il padre a rivolgersi alla Corte per ottenere un *contact order* e il *parental responsibility order* ex *Children Act* 1989. Premesso che nel frattempo la madre non biologica aveva invece ottenuto la *parental responsibility* sul bambino, in quanto compagna stabile della madre e a seguito di accordo con quest'ultima, e premesso che ciò aveva ancor più esacerbato le tensioni con il padre, il Giudice, preso atto dell'alta conflittualità, aveva deciso di tutelare il nucleo familiare composto dalle due donne, concedendo solo il diritto di visita, peraltro nemmeno frequente, al padre naturale. Nel 2006, il padre ricorreva nuovamente alla giustizia per ottenere il *parental responsibility order* from the court under section 4(1)(c) of the *Children Act* 1989.

23 Julie McCandless, *Status and Anomaly: Re D (contact and parental responsibility: lesbian mothers and known father)* [2006] EWHC 2 (Fam), [2006] 1 FCR 556, *Journal of Social Welfare and Family Law*, 30(1) 63-73

indiscutibile “pregiudizio di fondo verso la genitorialità biologica e una certa riluttanza a vedere un genitore sociale come un genitore “reale”²⁴.

Nello stesso anno, la House of Lords²⁵, pronunciandosi in ultima istanza sul ricorso promosso dalla madre biologica del caso *Re G*, deciso in appello (vedi retro), ha emesso uno dei precedenti giudiziari più importanti del diritto di famiglia inglese e per la genitorialità omosessuale in generale. Dietro la domanda principale della ricorrente, emergevano due questioni: da un lato, il peso che la Corte avrebbe dovuto attribuire al fatto che un genitore fosse contemporaneamente *the natural and legal parent* del minore (la ricorrente appunto), mentre l'altro no; e la soluzione da adottare quando un genitore non riconosce l'importanza nella vita dei figli di chi ha contribuito ad allevarli, pur non essendo *the legal parent* (“*The second is the approach to be adopted by the court where the party with whom the child has her principal home is reluctant to acknowledge the importance of the other party in the child's life*”). Tale sentenza, che ha confermato il provvedimento impugnato nella parte in cui aveva attribuito la responsabilità genitoriale alla madre non biologica, è conosciuta e ricordata per le parole della Baroness Hale Of Richmond, la quale, nella sua motivazione, allineandosi alla decisione della maggioranza, che confermava lo *share resident order* nell'interesse delle minori, sviluppa una complessa riflessione sulla *parenthood*. Nella motivazione prorompe, in tutta la sua complessità, la problematica relativa alle forme di genitorialità. Lady Hale ricordava “*the position in English law*”, peraltro simile a quella dell'ordinamento australiano, del quale il Giudice si fa scudo²⁶ e secondo il quale non esiste alcuna presunzione in favore del *natural parent*. Il cuore della motivazione, che ha segnato il volto della *common law* per la questione delle genitorialità, ruota, appunto, intorno all'interpretazione in concreto del concetto di *parenthood*, enucleando e distinguendo la figura del “*natural parent*” e del *legal parent*. Lady Hale evidenziava come, in forza dell'allora sec. 27 dello HFEA il donatore anonimo, benché padre naturale del bambino, non era riconosciuto come genitore dall'ordinamento, non era un *legal parent*. Per contro, anche per la vecchia formulazione legislativa, il marito o il compagno di una donna che si era rivolta ad una clinica autorizzata per la fecondazione eterologa, benché geneticamente estraneo al minore, veniva considerato *legal parent* (HFEA 1990 Act, s. 28.) Si riversava nella motivazione la consapevolezza della oramai pacifica scissione tra *legal* e *natural parent*, che conduceva, nella ricostruzione del giudice, ad una ridotta importanza del vincolo biologico per l'attribuzione della *parental responsibility*.

Per la prima volta, si assiste ad una analisi approfondita delle tre modalità con le quali una persona può diventare a *natural parent of a child*, e, ad ognuna, ricollega a *very significant factor in the child's welfare, depending upon the circumstances of the particular case*. La prima è ovviamente *the genetic parenthood*, quella che si determina con l'impiego dei gameti, distinta dalla *gestational parenthood*, che può prescindere dall'impiego di materiale genetico, ma che si realizza attraverso la gestazione, che crea un legame speciale tra il bambino e la gestante. Infine, Lady Hale individua la *social and psychological parenthood*, definita come “la relazione che si sviluppa tra il bambino che richiede e il genitore che provvede ai bisogni del bambino, inizialmente al livello più basilare di alimentazione, nutrimento, conforto e amore, e più tardi al livello più sofisticato di guida, socializzazione, educazione e protezione”. Ed è in questa terza “forma” di genitorialità, che si riconduceva la figura della donna che, durante la convivenza omosessuale, aveva allevato le bambine senza esserne la madre biologica. Ed è stata la valorizzazione della *social and psychological parenthood*, che ha spinto sempre di più le Corti inglesi a tutelare la genitorialità delle coppie omosessuali.

Non solo. La decisione finale della House of Lords, di contrastare la convinzione che il genitore biologico debba sempre prevalere in caso di affidamento e attribuzione della responsabilità genitoriale, muoveva proprio dall'analisi di approfondite considerazioni sul *children's welfare*. Così, di fronte ad un dettato normativo che avrebbe tagliato facilmente fuori dalla vita delle bambine la madre non partoriente e non biologica, Lady Hale legava a doppio nodo lo *status* di quest'ultima al miglior interesse di quelle bambine, sul presupposto che esistono anche genitori che non sono né genetici né gestazionali ma che sono divenuti genitori psicologici (sociali) del bambino e pertanto offrono un importante contributo al loro benessere²⁷.

24 Julie McCandless, cit. 63-73

25 *Re G (Residence Same-Sex Partner)* 2006 UKHL 43 oppure *In re G (children)* (FC) [2006] UKHL 43

26 “As explained by Lindenburgh J in *Hodak, Newman and Hodak* (1993) FLC 92-421, and subsequently approved by the Full Court of the Family Court of Australia in *Rice v Miller* (1993) FLC 92-415 and *Re Evelyn* [1998] FamCA 55”.

27 “There are also parents who are neither genetic nor gestational, but who have become the psychological parents of the child and thus have an important contribution to make to their welfare”.

Se il principio espresso dalla *House of Lords* era chiaro e condivisibile, meno chiara e semplice ne è stata, nel tempo, l'applicazione nelle pronunce successive, poiché, correa l'imprevedibile complessità delle vicende umane, le Corti hanno avuto difficoltà a gestire tale *ratio decidendi*.

Ne è un triste esempio, *Re G (Children)* deciso dalla Corte d'Appello nel 2014²⁸, che lascia maggiormente emergere la tensione tra la *legal parenthood* and *biological parenthood*. Ancora una volta le protagoniste sono due donne che, durante la loro stabile relazione, avevano deciso di avere dei figli. Si erano così rivolte ad una clinica autorizzata, ove l'appellante aveva messo a disposizione i propri ovociti affinché venissero creati degli embrioni, con seme di donatore. In un primo momento i due embrioni erano stati impiantati nella compagna sterile e, nell'estate del 2008, erano nate due gemelle, mentre, solo successivamente, il terzo embrione era stato impiantato nella donatrice. L'appellante, quindi, era la madre biologica di tutte e tre i figli e questi erano tra loro fratelli biologici, benché nati da due madri distinte. La medesima, però, non era la *legal parent* delle gemelle perché, in applicazione della *sec. 27 HFEA 1990*, solo la partoriente poteva essere riconosciuta come madre. Le bambine, infatti, erano state concepite, prima dell'entrata in vigore dello *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* (aprile 2009) e pertanto lo *status* genitoriale veniva disciplinato dalla legge del 1990 e non poteva trovare applicazione la *Section 43 HFEA 2008 Act (infra)*. La madre genetica si era rivolta alla Corte, forte della sua maternità biologica, per essere riconosciuta come tale, ma, nel frattempo, l'altra donna si era unita con *civil partnership* ad un'altra donna e la nuova compagna in forza del *parental responsibility agreement* aveva acquisito la responsabilità genitoriale sulle gemelle. La ricorrente insisteva pertanto per ottenere uno *shared residence order* tramite il quale vedersi riconosciuto la *parental responsibility*, sulle minori.

La Corte, chiaramente determinata a correggere il precipitato normativo dello HFEA del 1990 rievocava importanti precedenti²⁹, ma se riconosceva la correttezza formale delle conclusioni della sentenza di primo grado, per la quale l'appellante non era *the parent of the children in law*, aggiungeva criticamente: "questa non è la fine della storia" ("That was undoubtedly a significant factor, but it was not the end of the story as one might think the judge thought it was, from her opening paragraph and the opening sentence of her fourth paragraph"). Dunque, se in primo grado, il tribunale, in linea con l'orientamento maggioritario non aveva conferito alcun peso al vincolo genetico, in appello l'impostazione si ribaltava ed il collegio riconosceva decisiva importanza sia al legame biologico sia al fatto che l'appellante fosse la madre di tutti e tre i fratelli ("I think there needed to be consideration given also to the appellant's importance as the children's genetic parent and as the mother of their full sibling, D, with whom they will form a relationship through contact").

La decisione finale è stata invero condizionata anche da ulteriori considerazioni, ossia che la madre biologica si era anche occupata dell'educazione e della crescita delle minori negli anni. Anche in questo caso la *common law* è dovuta intervenire a gamba tesa per correggere il tiro di una rigida applicazione della legge che avrebbe, in violazione del miglior interesse delle figlie, consentito che una *non-biological parent* (la *civil partner* della mamma) avesse la *parental responsibility*, mentre la *biological parent*, sarebbe stata esclusa dalla loro vita.

5. Parenthood, parentage e parental responsibility.

Come giustamente ricorda Andrew Bainham³⁰ per comprendere la complessa realtà della genitorialità inglese e tutte le problematiche ad essa connesse devono tenersi distinti tre concetti: *parentage*, *parenthood* e *parental responsibility*.

Il termine *parentage* correttamente viene identificato nel "socially perceived genetic link between the child and her parents"³¹. Indica il legame biologico, che individua le origini genetiche del minore, il quale sarebbe figlio di coloro che hanno impiegato i gameti per la formazione dell'embrione.

28 [2014] EWCA Civ 336.

29 Tra gli altri *In re G (Children)(Residence: Same-sex Partner)* [2006] UKHL 43 [2006] 1 WLR 2305 emesso dalla House of Lords (vedi retro), *A v B and C (Lesbian Co-Parents: Role of Father)* [2012] EWCA Civ 285 (vedi retro).

30 A. Bainham, *Parentage, Parenthood and Parental Responsibilities: Subtle, Elusive Yet Important Distinctions*, 1999, p.26-27 in ed. Andrew Bainham, Shelley Day Sclater, Martin Richards, *What is a Parent A Socio-Legal Analysis*, Hart Publishing, 1999; Si veda inoltre A Bainham, *Arguments about Parentage* (2008) 67(2), *Cambridge Law Journal*, 322; J Eekelaar, *Rethinking Parental Responsibility* [2001] *Fam Law* 31 (June) 426; Haim Abraham, *A family is what you make it? legal recognition and regulation of multiple parents*, 1 marzo 2017, *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, Electronic copy available at: <https://ssrn.com/abstract=2925886>.

31 Bainham, p. 29.

Per contro, la ‘parenthood’ rappresenta “the continuing relationship between a child and her social parents”³². Traducibile con il termine italiano di genitorialità, si riferisce allo status giuridico di padre / madre e di figlio, cioè a colui che, secondo le disposizioni interne, può essere il *legal parent* del minore, ossia il genitore come tale riconosciuto dall’ordinamento. La *parenthood*, come nel caso dell’adozione, può essere slegata dal *genetic link*, e può mutare nel tempo, poiché può trasferirsi dal genitore biologico a quello adottivo, che diviene appunto *legal parent*.

Essere *legal parent* comporta l’acquisizione della *parental responsibility*, ma nel caotico diritto di famiglia inglese, non è vero il contrario e soprattutto la *parental responsibility* non discende dalla *parentage*.

La *parental responsibility*, assimilabile alla nostra responsabilità genitoriale, viene definita nella *sec. 3(1) Children Act 1989* come l’insieme di tutti i diritti, doveri, poteri, responsabilità che, in forza della legge, un genitore ha in relazione al figlio e ai suoi beni.

La donna che partorisce ha sempre la *parental responsibility* ed è considerata *legal mother* (rappresenta un’eccezione l’ipotesi della *surrogate motherhood*).

Diversamente, il padre genetico acquisisce automaticamente la responsabilità genitoriale ed è considerato *legal father* solo se è sposato con la donna che partorisce, se il suo nome è trascritto nel *birth certificate*, (regola valida dal 1° Dicembre 2003), se ha sottoscritto un *parental responsibility agreement* (accordo) con la *legal mother*, oppure può, infine, ottenere la *parental responsibility* tramite un provvedimento della Corte, che, però, come vedremo, non è affatto scontato.

Per legge, la responsabilità genitoriale discende automaticamente anche dal *resident order* (in vigore fino al 2014), e, dopo la riforma del 2014³³, dal *child arrangements order*, che dispone “da chi il figlio debba vivere”. L’adulto, indicato nei due provvedimenti, acquisisce la *parental responsibility* anche se non è il *legal biological father* o la *legal biological mother*. Spesso infatti trova applicazione nel caso delle compagne omosessuali della madre del minore (*co-mother*). La revoca del provvedimento comporta ovviamente l’estinzione della responsabilità genitoriale.

Come vedremo, nell’analisi della riforma dello HFEA del 2008, oggi, la *co-mother*, con una regolamentazione “parallela” a quella del marito della partoriente, può acquisire la *parental responsibility* se le due donne sono unite con una *civil partnership* al momento della nascita del minore, o se, successivamente alla nascita, l’unione di fatto si trasforma in *civil partnership*, se il suo nome è trascritto nel **certificato di nascita**, o se è stato sottoscritto un *parental responsibility agreement* (accordo).

Il legislatore inglese ha infine rafforzato il concetto di *social parenthood* laddove ha previsto che anche gli *step-parents*, ossia il coniuge (etero o omosessuale) o the *civil partner* del padre e della madre del minore possano ottenere la *parental responsibility* attraverso un accordo scritto con il genitore o i genitori che già la detengono, o tramite *court order*. Diversamente, in caso di mera convivenza è necessario un *child arrangements order* che disponga che il bambino debba vivere con entrambi i conviventi (*providing that the child shall live with both cohabitants*)³⁴.

La *sec. 4A and 4A(1) of the Children Act 1989* relativa alla disciplina della *parental responsibility* per gli *step-parent* e *civil partners* chiaramente rappresenta l’espressione della *legal recognition to non-biological parents*.

Può allora condividersi la riflessione di Haim Abraham³⁵ per il quale “*parentage is factual; parental responsibilities are legal; and parenthood is both social and legal*”.

Secondo alcuni autori il diritto trarrebbe un vantaggio dall’avere questi differenti concetti perché garantiscono la possibilità che qualcuno abbia la *parenthood* ma senza la *parental responsibility* e viceversa e questo consentirebbe di modulare giuridicamente il rapporto tra il minore e gli adulti. Si conclude infatti con entusiasmo che “*By accepting different forms of parents the law is able to capture the variety of ways in which an adult can act in a parental role*”³⁶.

Una tale conclusione è difficile da condividere per un giurista di *civil law* e tale diffidenza trova conferma nelle sentenze che sono state emanate dalle corti oltre Manica a partire dal 2010 (infra).

Infatti, come premesso, secondo l’ordinamento inglese, anche a seguito dello HFEA, un minore non può avere più di due genitori, *legal parents*, riconosciuti dall’ordinamento, ma la responsabilità genito-

32 Bainham, p. 29 op. cit.

33 *Children and Families Act 2014*

34 Precedentemente si applicava il *joint residence order*.

35 Haim Abraham p. 6 op.cit

36 J. Herring *Family Law* 2009 p. 327: “The benefit to the law in having these different understandings of ‘parent’ is that it increases flexibility. The law can decide that some people will have parenthood but not parental responsibility, or indeed that some people will be regarded as having parental responsibility but not parenthood. For some children it is possible that different people will have parentage, parenthood and parental responsibility under the present law”.

riale può essere invece condivisa con un numero superiore di soggetti, che si occupano del bambino. Ciò crea una complessa genitorialità prismatica, foriera, come ovvio, di plurimi problemi nella vita quotidiana e chiaramente esplosi con le *multiple parent families*.

6. Multiple-Parent Family

Dagli anni 2000 i casi di coppie lesbiche che si sono rivolte al donatore "amico" sono aumentati, gettando la luce sulla crescente tensione tra "*biology, intention and functional parenting*", nell'attribuzione dello stato di genitore (*legal parental status*)³⁷.

Come sempre, nella completa latitanza del legislatore, la *common law* ha dovuto cercare e creare le soluzioni.

In una prima fase, le Corti hanno tentato di applicare il vecchio schema familiare, utilizzato in passato per le famiglie eterosessuali, ossia proteggere la *nuclear family*, la famiglia composta da due genitori che prevalentemente si prendeva cura della prole, adottando provvedimenti, di fatto, *ad escludendum* del terzo, percepito come intrusivo e una pericolosa minaccia.

È seguita poi una fase diversa che ha manifestato una apertura alla *multi parent family*.

Emblematico è il caso *Re B (Role of the Biological Father)* [2007]³⁸ emesso dalla giudice Hedley J della *Family Court* chiamato a decidere sulla richiesta di *contact order* avanzata dal padre naturale del minore che ne era anche lo zio. Questi, in realtà, si era lasciato convincere dalla sorella, a concepire un figlio con la sua *civil partner*, con l'impegno che non avrebbe rivestito alcun ruolo nella vita del minore, se non quello dello zio e che avrebbe lasciato crescere il bambino nella c.d. *nuclear family of the two women, civil partners*. Come prevedibile, dopo la nascita, il padre naturale, forte del fatto che il concepimento era avvenuto per vie naturali, e che dunque si dovesse escludere il ruolo di mero donatore, rivendicava il diritto alla *parental responsibility* e ad un provvedimento che disciplinasse la frequentazione con il figlio³⁹. Per contro le due donne si erano mostrate particolarmente preoccupate degli esiti che un provvedimento giudiziario di *parental responsibility* a favore del padre/zio avrebbe potuto determinare sulla loro autonomia nella gestione del minore e sulla unità *ad escludendum* della loro famiglia⁴⁰.

La Corte, però, di fronte ad un maturato concetto di famiglia sia *psychological* che *biological*, riconosceva al padre, giudicato estraneo a quel nucleo familiare, solo il diritto di vedere il bambino 4 volte l'anno e di comunicare, con il tempo, il suo vero *status*.

Inaspettatamente, la Corte poneva l'accento anche sul pregresso accordo tra le parti, che avrebbe relegato ad un ruolo marginale il padre biologico. Dunque, *anche* sulla base di un accordo privato, si è inteso sovvertire il dettato normativo.

Con tale decisione la Corte si è posta in netto contrasto anche con la *sec. 13(5) HFEA 1990* che invece postulava l'esigenza della figura paterna nella vita del minore (*retro*). Tale sentenza è stata però l'importante occasione per ribadire che il benessere del bambino deve essere considerato *the paramount consideration* e che la paternità biologica non può condizionare affatto l'emissione di provvedimenti a favore del genitore naturale. Anzi, nella ricerca del miglior interesse del bambino, anche nel 2007, l'esegesi giurisprudenziale impone la necessità di garantire un sereno contesto familiare, nel quale, seguendo

37 T. Callus, *A New Parenthood Paradigm For Twenty-First Century Family Law In England And Wales?* in V. 32, (3) *Legal Studies*, September, 2012, p. 347.

38 [2007] EWHC 1952 (Fam); [2007] 1 FLR 1015

39 Ma proprio in questo incontro-scontro di sogni "genitoriali", maturati in quel particolare contesto familiare, ha preso corpo l'*incubo* della minore. Se, da un lato, le due donne avevano manifestato il disperato desiderio di crescere un figlio loro, lo zio-padre aveva ben presto rivelato di non aver mai voluto un mero ruolo di comprimario, ma di aver confidato, invece, nella possibilità di divenire finalmente genitore di un figlio suo. E, come giustamente ha evidenziato la Corte, l'emozione e l'emotività dei soggetti coinvolti aveva frustrato ogni possibilità di razionalizzare le conseguenze e di tenere in debito conto le necessità di un bambino.

40 Sul tappeto restava però il rivendicato diritto dello zio ad essere riconosciuto come padre, ad esercitare il ruolo di *father*, nonché il presunto diritto del bambino ad essere cresciuto anche dal suo genitore naturale. La rigida applicazione della legge avrebbe dato ragione allo zio, la discrezionalità della Corte, pilotata da una personale considerazione di quello che fosse, nel caso concreto, il *best interest* del minore, ha condotto ad una soluzione opposta. Il Giudice, indifferente al contesto normativo assolutamente ostile alle conclusioni della sentenza, ha esaltato l'autonomia delle due donne e della loro *family unit*. Si legge infatti "*I am satisfied that it would be wholly contrary to the best interests of BA to grant TJ parental responsibility. TJ would undoubtedly seek to exercise it and forcefully to advance his views. CV and S would feel assailed and undermined in their status as parents. The inevitable resulting conflict would bode ill for BA*".

una linea diametralmente opposta a quella elaborata dal legislatore del 1990 (sec. 13(5), non si ravvisa affatto la necessità di garantire una figura paterna.

A questa triste vicenda giudiziaria del 2007, ne fa eco un'altra, approdata nelle aule giudiziarie solo nel 2010, ma poiché i fatti erano anteriori alla riforma del 2008, doveva trovare applicazione lo HFEA del 1990.

Ci si riferisce al caso *R v E and F (Female Parents: Known Father) [2010]*⁴¹, relativo ad una coppia lesbica che aveva chiesto ad un amico omosessuale di donare loro il seme per avere un bambino.⁴²

La sentenza ripropone la stessa ghettizzazione del padre/donatore e, in una prospettiva quasi sanzionatoria, veniva disposto il *joint residence order*⁴³ in favore delle *female parents*, mentre solo il diritto di visita, per non più di 50 giorni all'anno al padre, senza alcuna *parental responsibility*. La motivazione trovava inaspettatamente supporto nel *pre-birth agreement* tra i quattro adulti, in forza del quale era stato stabilito che le due donne avrebbero cresciuto il figlio, mentre il padre avrebbe avuto un non meglio definito "*important role*"⁴⁴. Traspare in maniera evidente, nella motivazione, l'importanza di tutelare il nucleo familiare, pacificamente riconosciuto alle due donne e al minore.

Non dissimile la sentenza *A v B and C [2012]*⁴⁵ in cui Black LJ osservava come il caso lasciasse emergere "*important issues relating to the courts' approach to children born into 'alternative families' and the relationship of such children with their fathers*".⁴⁶

Nel caso concreto, una coppia lesbica si era messa d'accordo con un amico, affinché quest'ultimo sposasse una delle due e, a seguito di un rapporto sessuale, concepisse un figlio. Se in primo grado, il giudice aveva ritenuto giusto tutelare la *nuclear family*, composto dalla coppia omosessuale, la situazione veniva, ovviamente, ribaltata in appello. Nella sua motivazione, Lord Justice Thorpe, dopo aver rilevato che il padre biologico, essendo sposato con la madre, aveva acquisito la *parental responsibility*, constataba come, a seguito del provvedimento emesso a favore della *same sex couple*, anche le due donne condividesse la responsabilità genitoriale e come tale circostanza creasse inevitabili conflitti e confusione nella gestione del bambino. Nonostante ciò, valorizzando il coinvolgimento del padre in ciò che viene testualmente definito in sentenza la "*creazione del minore*" e valorizzando l'affetto chiaramente mostrato dall'appellante, concludeva con una frase oramai divenuta famosa: "*it is generally accepted that a child gains by having two parents. It does not follow that the addition of a third is necessarily disadvantageous*". Con tale *ratio decidendi* la Corte inglese ha di fatto aperto la strada al riconoscimento giuridico delle *multi-parent family*.

Contestualmente, il Giudice criticava la tendenza di alcuni magistrati di distinguere tra *principal* e *secondary parents*, riconducendo spesso in questa seconda categoria "*il padre biologico, donatore del seme (known donor)*" al quale, invece, in aperta critica, riconosceva un ruolo importante nella vita del figlio.

41 EWHC 417 (Fam).

42 Secondo gli accordi iniziali, le due donne volevano che nella vita del figlio ci fosse una figura paterna e l'amico di vecchia data aveva con entusiasmo accettato quel ruolo, con il sostegno, peraltro, del suo stesso compagno. Il concepimento era avvenuto tramite una clinica inglese, e dunque, in forza della sec. 28, il padre biologico-donatore era riconosciuto come legal parent del figlio, nato nel 2003, ma questo non gli garantiva, all'epoca, automaticamente la parental responsibility e il diritto di vederlo e tenerlo con sé, senza un provvedimento del giudice o un accordo con la madre. Per contro, quest'ultima aveva prestato il consenso affinché la sua compagna acquisisse la responsabilità genitoriale. Dal momento che le due donne, sin da subito, avevano iniziato ad escludere il padre e il suo compagno, questi aveva agito per ottenere un contact order e la parental responsibility. Nelle more del giudizio, le due donne erano giunte, invero, a più miti consigli, consentendo una frequentazione regolare con la coppia maschile, prevedendo anche i pernottamenti, ma la questione in gioco rimaneva la responsabilità genitoriale.

43 È equivalente allo *Shared residence order* nota 21

44 Per certo, tale ruolo non avrebbe potuto essere "interpretato" con 50 saltuari incontri l'anno, ma, secondo il Giudice, non c'erano le prove che il padre avrebbe dovuto avere un *co-parenting role* o essere considerato dal figlio (*regarded by the child*) as a parent (genitore). La colpa del padre era stata unicamente quella di non aver agito in giudizio subito dopo la nascita del minore per richiedere la *parental responsibility*, avendo lasciato, effettivamente, che il ruolo genitoriale delle due donne si radicasse nella mente del figlio, di oramai 7 anni. Per certo, però, il Tribunale mai avrebbe dovuto disciplinare il ruolo di genitore in base ad un accordo tra le parti, in violazione del dettato normativo e, in concreto, del miglior interesse del minore.

45 [2012] EWCA civ 285. Commento di A. Zanghellini *A v B and C [2012] EWCA civ 285 – Heteronormativity, Poly-Parenting And The Homo-Nuclear Family* in 24 *Child & Family Law Quarterly* 475 - 2012

46 L'accordo prevedeva che l'uomo non avrebbe mai vissuto con loro e avrebbe avuto un ruolo secondario nella vita del bambino, lasciando alle due donne la gestione esclusiva dell'educazione e della crescita del medesimo. In realtà, dopo la nascita del bambino (2009), il padre intentava la causa giudiziaria per avere un *contact order*. Infatti, essendo stato sposato con la madre del figlio, aveva sia il *legal status* di padre sia la *parental responsibility*. Le due donne si costituivano, in via riconvenzionale, chiedendo un *joint residence order*.

Concludeva, pertanto, per la remissione della questione al *Family Division Judge*, per valutare come meglio disciplinare, anche con l'aiuto di consulenti, la frequentazione padre figlio. Parallelamente, Black LJ stigmatizzava gli accordi che erano stati previsti dagli adulti e che coinvolgevano la vita ed i diritti del bambino, qualificandoli come *"fattori da tenere in considerazione, ma dai quali la Corte non avrebbe mai dovuto sentirsi condizionata"*. Per il Giudice non si era di fronte ad un *"dry legal contract"* poiché *"la biologia, la natura umana e la mano del fato possono annullarli e possono frustrare le loro aspettative"*. Ed ancora una volta la chiave risolutiva rimaneva il *child's best interest*, identificato nella garanzia per il minore di crescere in un ambiente sereno e sicuro. Ambiente che, decideva la Corte, non è affatto escluso nell'ipotesi di un *"amalgam of that family (same sex couple) and the other parent"*, rappresentando l'ipotesi dei *"three parents and two homes regime"* come una soluzione possibile per il minore.

Infine, in una sua personale crociata a favore del padre biologico e delle coppie omosessuali, evidenziava come l'unico criterio da tenere in considerazione fosse, di fatto, l'idoneità genitoriale, la capacità di sapersi prendere cura di un minore.

La sentenza della Corte di Appello si pone in netto contrasto con la sentenza *ML & AR v. RW & SW del 29 luglio 2011*⁴⁷ che aveva ad oggetto la richiesta inoltrata dal padre biologico e dal suo compagno per l'emissione di un *residence order* nei confronti delle due figlie, di 10 e 6 anni, concepite, a seguito di fecondazione artificiale, con una donna legata sentimentalmente ad un'altra⁴⁸.

Il giudice infatti si era lasciato condizionare, sia dal contenuto dell'accordo intercorso tra gli adulti per la gestione della genitorialità, sia dallo stato d'animo della bambina maggiore, che rifiutava il padre, per cui aveva negato il *contact order* per quest'ultima e, in concreto, aveva segregato la coppia gay ad un ruolo estremamente marginale, anche nei confronti della figlia più piccola.

Pochi mesi dopo, a Novembre 2011, il medesimo Giudice Hadley, nella sentenza *P & L (Minors) [2011] EWCH 3431*, affrontava nuovamente le problematiche del medesimo gruppo familiare e confessava la sua difficoltà nel gestire quello che definisce *"un nuovo territorio per i ruoli genitoriali"*. Giustificava la sua scelta di aver fatto ricorso al concetto di *"principal and secondary parents"*, nella precedente sentenza *ML & AR v. RW & SW del 29 luglio 2011*, poiché aveva ritenuto che gli *status* convenzionali, semplicemente identificati in padre e madre, non fossero adottabili in casi come quelli. Ed invero, i due uomini non erano padri separati né erano mai stati genitori con i quali le bambine avevano convissuto.

Indirettamente, nella motivazione, si è materializzato il rispetto e il riconoscimento del ruolo genitoriale paterno anche se espresso in un altro contesto familiare, ovvero nella condivisione con un altro compagno.

La difficoltà incontrata nel dover trovare una collocazione giuridica a questi nuovi ruoli genitoriali si accompagnava alla necessità di capire quale valore attribuire agli accordi stipulati dagli adulti, soprattutto quando non vengono rispettati. La soluzione veniva rintracciata nella scelta di accertare quale fosse l'effettivo rapporto fra ogni singolo adulto e le minori, minimizzando la paura ed il fastidio manifestato dalle due donne per l'ingerenza del padre naturale nel loro nucleo familiare. Così, di fronte all'oggettiva constatazione che, a distanza di mesi, la bambina più grande non aveva ridotto la sua ostilità nei confronti del padre naturale e del suo compagno e di fronte all'amara considerazione che tale sentimento era stato certamente condizionato dall'avversione delle due donne, il Giudice, preoccupato per l'*"emotional welfare"* della ragazzina, non le imponeva un contatto diretto, ma solo un *indirect contact*, finalizzato, però, con l'aiuto dei Servizi, a farle recuperare il rapporto sia con il padre, sia con il compagno del padre.

La stessa logica la ritroviamo nella sentenza *A & B (Children) [2014] EWHC 818 (Fam)* che coinvolgeva nuovamente le medesime minori che avevano oramai 13 e 9 anni, e che, in violazione del provvedimento del giudice, non avevano rivisto i due uomini da tempo. L'unica via d'uscita per Mr Justice Cobb

47 [2011] EWHC 2455 (Fam.).

48 A monte di tale fecondazione, vi era, ancora una volta, un accordo sottoscritto dai quattro adulti, in forza del quale le due donne avrebbero ricoperto il ruolo di *"genitori principali"*, mentre i due uomini avrebbero avuto un ruolo secondario; sarebbero stati comunque presenti nell'educazione delle minori. Anche in questo caso, la responsabilità genitoriale era suddivisa fra tre soggetti: il padre biologico, in forza del provvedimento del Tribunale, la madre biologica, *ex lege*, e la compagna di quest'ultima a seguito di un accordo scritto.

Sfortunatamente, la bambina più grande, vittima del conflitto che si era scatenato fra le due coppie genitoriali, aveva iniziato a rifiutare gli incontri con il padre ed il suo compagno.

La valorizzazione della paternità biologica, secondo il vecchio modello di *common law*, avrebbe condotto ad una diversa decisione, invece, nella nuova prospettiva della digerita interscambiabilità dei ruoli maschili e femminili, si era focalizzata l'attenzione sull'accordo degli adulti. Si legge infatti *"It was clear that all have agreed that the women should be the principal parents and, in particular, that S W-B (la compagna della madre) would take the role of second parent which in a traditional family would have been fulfilled by the father"*.

è stata l'emissione di un provvedimento che tenesse unicamente conto del *welfare of the children*, individuato, però, all'opposto, nella frequentazione della figura paterna. La motivazione trovava conforto sia nell'art. 8 della CEDU sia nella stessa *European Jurisprudence*, tra cui *Yousef v The Netherlands* (Application No 33711/96) [2003]. Con equilibrismo giuridico, il Giudice redigeva un provvedimento che prevedeva il recupero del rapporto padre figlie.

Tale sentenza si allinea al precedente del 2012 *A v B and C* [2012], alimentando le *poly parenting families*.

Le Corti, strette tra una legge che negava ogni possibilità alla genitorialità omosessuale con ricorso alle tecniche di fecondazione assistita, ma giustamente spinte ad una visione complessiva del *legal framework* che conteneva oramai dal 2004 il diritto delle coppie omosessuali di accedere all'adozione, hanno cercato di mediare, ponendo al centro di ogni valutazione il benessere del minore come *paramount consideration*.

La situazione non è invero mutata dopo la riforma dello *Human Fertilisation and Embryology Act* del 2008, quando la genitorialità omosessuale ha ottenuto un suo riconoscimento.

7. Lo HFEA del 2008⁴⁹ e l'accesso alle coppie omosessuali alle tecniche di fecondazione assistita.

In quel contesto sociale e giudiziario, in cui non v'è, e non v'era, più, alcun pregiudizio per le coppie del medesimo sesso, nel 2008, si è inserita la riforma dello *Human Fertilisation and Embryology Act*, che ha veramente scombinato le carte genitoriali, ridelineando lo *status* parentale, e trascinando nel vortice creativo anche le coppie omosessuali.

Lo HFEA del 2008 ha modificato la legge del 1990 non solo per adeguare l'impianto normativo ai traguardi scientifici oramai raggiunti, ma anche per adeguarlo ai mutamenti etico sociali che si erano imposti nel frattempo, tra cui, la lenta, ma costante erosione legislativa della famiglia tradizionale fondata sul matrimonio, a favore delle coppie omosessuali e di fatto. Premesso che per quanto concerne la parte relativa agli status, la legge è entrata in vigore ad aprile 2009, la riforma spazza via il modello di *English sexual family law*⁵⁰.

Alcuni autori con un po' di fantasia, rilevando che comunque viene vietata la clonazione, sostengono che lo HFEA 2008 non presenta affatto un approccio volto a promuovere il *principle of procreative liberty*⁵¹. In realtà, ci sono solo pochi punti fermi per il legislatore inglese del 2008, dopodiché si cerca in ogni modo di assecondare il desiderio di genitorialità, sia delle coppie eterosessuali che omosessuali, senza alcuna distinzione o pregiudizio. La stessa *Joint Commission*, analizzando la "bozza" preliminare della legge, rilevò il diverso approccio alla genitorialità (*parenthood*) per cui il concetto di genitorialità veniva inteso come *legal responsibility* piuttosto che *biological relationship*⁵². Si dispone così che ogni bambino non possa avere più di una madre o più di padre, come tali registrati all'anagrafe e riconosciuti dall'ordinamento (*legal parents*). Il limite, però, non è minimamente riferito alla diversità di sesso, ossia non sta a significare più di un genitore di sesso maschile o femminile, ma al numero complessivo: non più di due genitori, che potranno anche essere due donne o due uomini.

49 "Act does not take a radical approach promoting procreative autonomy. It does not establish anything like open access to emerging reproductive technologies", M. Eijkholt, *Procreative Autonomy and The Human Fertilisation and Embryology Act 2008: Does a Coherent Conception Underpin UK Law?* in *Medical Law International*, 2011, vol. 11, pp.93 e ss; J. McCandless, Sally Sheldon, *The Human Fertilisation and Embryology Act (2008) and the Tenacity of the Sexual Family Form*, in *Modern Law Review* v. 73, 2010, pp. 175 e ss; S. Cretney, *Same Sex Relationship from odious crime to gay Marriage*, 2006, Oxford, Oxford University Press; R. Probert, *Family law in England and Wales* Mary Welstead & Susan Edwards, *Family Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011; J. Herring, R. Probert, S. Gilmore, *Family Law*; M. Eijkholt, *Procreative Autonomy and the Human Fertilisation and Embryology Act 2008: Does a Coherent Conception Underpin UK Law?*, Vol 11, Issue 2, 2011, *Medical Law International*.

50 J. McCandless and Sally Sheldon *The Human Fertilisation and Embryology Act (2008) and the Tenacity of the Sexual Family Form*, in *Modern Law Review*, v. 73, 2010, pp. 177.

51 In realtà la riforma del 2008 a determinate condizioni consente anche *saviour siblings*, *designer babies* e *sex selection*, si veda l'analisi di Marleen Eijkholt, *Procreative Autonomy and The Human Fertilisation and Embryology Act 2008: Does a Coherent Conception Underpin UK Law ?* in *Medical Law International* 2011, vol. 11, p.94 e 102 e ss.

52 House of Lords, House of Commons Joint Committee on Human Tissue and Embryos (draft Bill) First Report 2006 HL 169-I/HC630-I para. 263.

Ne consegue che nel registro delle nascite, nel caso di due genitori del medesimo sesso, solo uno sarà registrato come padre o come madre, mentre per l'altro, semplicemente, è stata creata l'innovativa e semplice figura del "*legal parent*": genitore secondo l'ordinamento o giuridicamente riconosciuto.

Non solo. Per una necessaria coerenza con la riforma legislativa del 2004 (*Civil Partnership Act*) è stata introdotta, accanto alla presunzione di maternità, per la donna che partorisce, e di paternità per l'uomo coniugato con la partoriente, sottoposta a fecondazione eterologa, un'ulteriore presunzione dello *status* genitoriale per le coppie lesbiche, *female civil partners*.

Ex sec. 42, HFEA 2008, si prevede, infatti, che se la donna che si sottopone all'impianto di embrioni o alla fecondazione con un gamete maschile, è parte di una *Civil Partnership*, l'altra donna è automaticamente considerata *as a female parent* del bambino ed acquisisce la *parental responsibility*. Presunzione oggi estesa anche alle coppie omosessuali sposate, successivamente al *Same Sex Marriage Act 2013*. Come per le coppie eterosessuali, la presunzione può essere vinta solo con la prova di non aver prestato il consenso alla fecondazione o all'impianto di embrione per la compagna. E tale presunzione non viene meno, come nel caso di matrimonio eterosessuale, se l'intervento non è avvenuto in una clinica autorizzata, ma con la tecnica "fai da te" (*DIY*). Per legge, questi interventi vengono eseguiti, esclusivamente, dopo la sottoscrizione del consenso all'impianto dell'embrione o alla fecondazione della propria compagna, pertanto, in assenza di prova scritta del consenso si può vincere la presunzione.

La lettura completa della legge lascia emergere chiaramente come per il legislatore inglese, ormai, *the genetic parentage has little significance*. Lo HFEA 2008, però, nel tentativo di rincorrere l'evoluzione sociale, cercando di non coartarla o limitarla, bensì sforzandosi di trovare una disciplina, più o meno coerente, più o meno pratica, è andato oltre il ragionevole.

Sebbene, formalmente, la legge dichiara di perseguire comunque il miglior interesse del bambino che nascerà, limitatamente individuato nella doppia figura genitoriale, in pratica, si lascia tentare dalla necessità di assecondare il desiderio di diventare genitore. Con la riforma del 2008, si introduce così la *Agreed Parenthood*, ossia si prevede che, a prescindere dal legame matrimoniale, dalla convivenza e dalla eterosessualità della coppia, e dunque coinvolgendo anche le coppie omosessuali lesbiche non conviventi, tramite un accordo, si possa divenire *legal parent* di un bambino. È stata invero introdotta sia l'*agreed female parenthood* (sec. 43) sia l'*agreed fatherhood* (sec. 36). Entrambi gli istituti sono finalizzati all'acquisizione dello *status* di genitore sulla mera base di un accordo, intercorso tra due adulti.

Per tali modifiche, che integrano un'evoluzione legislativa del c.d. *Treatment together* (sec. 28(3) dello HFEA 1990), e, in parte, della disciplina degli accordi che avevano scombinato la tranquillità delle corti, il legislatore inglese è stato giustamente definito l'architetto degli *status* e la legge stessa un *lego kit model of family life*.

È stata così prevista la possibilità che una donna o un uomo possano essere riconosciuti, rispettivamente, come *parent* (donna) o come *father* (uomo) di ogni bambino, con il quale non hanno alcun legame genetico, ma che nascerà a seguito di un trattamento di fecondazione artificiale cui si sottopone una donna, con la quale non sono legati né da un matrimonio né da una *civil partnership*. In questo caso, ciò che determinerà il vincolo genitoriale sarà l'accordo scritto e sottoscritto tra la donna che si sottopone alla fecondazione, anche con gameti di terze persone, ma a condizione che l'intervento avvenga nelle cliniche autorizzate e che la donna o l'uomo che desiderano essere riconosciuti genitori del bambino siano ancora vivi al momento dell'impianto.

Si distingue l'*agreed female parenthood* disciplinata dalla sec. 43, dall'*agreed fatherhood*. Solo la prima trova applicazione per le coppie omosessuali, ossia tra due donne. L'A.F.P. è infatti l'accordo tra due donne in base al quale la donna che porta a termine la gravidanza acconsente affinché l'altra sia riconosciuta come *legal parent* del nascituro. Le due donne, prima della fecondazione, devono sottoscrivere una dichiarazione indirizzata alla clinica autorizzata per le fecondazioni artificiali o assistite nella quale spiegano che intendono, l'una, essere riconosciuta come *parent* del bambino, e l'altra, la gestante, come la madre. Quest'ultima deve espressamente acconsentire a che la compagna diventi *parent* del figlio e dei figli che nasceranno dall'impianto degli embrioni o del gamete maschile. Non è previsto alcun obbligo di convivenza. Il consenso, però, non deve essere ritirato prima dell'impianto. Infatti, la legge permette alla madre gestante di sottoscrivere un altro consenso per un'altra donna o un altro uomo, prima della fecondazione (sec. 44 HFEA).

Precisazione, questa, che offre la misura della tragica consapevolezza del legislatore inglese della leggerezza con la quale la sec. 43 può essere applicata. L'unico serio limite è rappresentato dalla sanzione di inefficacia dell'accordo se il rapporto tra le due donne sia potenzialmente incestuoso.

La legge precisa che, se l'accordo è sottoscritto nel rispetto dei presupposti sanciti, la donna che non ha partorito sarà registrata come *parent*, e non già come seconda madre, nessuno potrà essere regi-

strato come padre della bambina, poiché ha già il suo “secondo” genitore⁵³. Espressamente, per usare la terminologia inglese, si elimina *the legal status of the man who is the biological father in such circumstances*.

La riforma relativa sia alla presunzione di genitorialità per le *civil partners* sia alla *agreed female parenthood* aveva come precipitato giuridico, in teoria, di eliminare le ipotesi di *multi parent family*.

Con la riforma del 2008 il legislatore è stato costretto a modificare anche la sec. 13 (5) dello HFEA sostituendo il termine “padre” con *supportive parent*.

La modifica rivela chiaramente il superamento dell’idea che sia nel miglior interesse del minore essere allevato da una doppia figura genitoriale eterosessuale, mentre conferma, nella prospettiva del legislatore, l’importanza di garantire la condivisione delle responsabilità e la presenza nella vita del figlio di un *supportive parent*, ossia un secondo genitore che si assume l’impegno di concorrere nella cura della salute, del benessere, della crescita e dello sviluppo del minore.

La sec. 13 (5) HFEA deve essere letta in combinato disposto con il *Code Of Practice 2009* e successive modifiche che, ai fini del *Welfare of the Child*, pone sotto i riflettori delle indagini anche l’eventuale *partner*. Sempre il Centro di fecondazione, e non altri organi, prima di procedere all’impianto, deve accertarsi se i futuri genitori non siano stati condannati per maltrattamenti o violenze sui minori, o se non vi siano gravi disaccordi o rancori o malesseri intra-familiari, se non siano state adottate delle misure protettive per i figli già esistenti, se non vi siano circostanze presenti o passate che possano indurre a credere che la donna non sia in grado di prendersi cura del bambino, per particolari condizioni fisiche o mentali, o per l’abuso di alcool o droghe.

Come è evidente, l’orientamento sessuale non rientra tra gli elementi da valutare ed erosa l’idea della sacralità della famiglia eterosessuale, nelle aule giudiziarie campeggiano spesso le nuove *lesbian nuclear family*.

Infine, per coerenza normativa con lo *Human Fertilisation and Embryology (deceased father) Act 2003*, nel 2008 viene introdotta un’ulteriore modifica. Con la legge del 2003, era stato previsto che, a fronte di un espresso consenso, potesse essere registrato come padre del minore anche il marito o colui che si era sottoposto al trattamento di fecondazione con la partoriente, anche se non era stato impiegato il suo gamete per la formazione dell’embrione e anche se l’embrione era stato impiantato dopo la morte del medesimo uomo. La riforma del 2008 ha esteso questa elezione per la *social fatherhood* anche ai *civil partners* o *female cohabitant* della madre, i quali possono acquisire il *post mortem status as legal parent* di un bambino che non hanno mai conosciuto e per il quale non hanno impiegato i loro gameti. La ratio e l’obiettivo della legge è chiaramente quella di sostenere il diritto a diventare genitori e valorizzare la genitorialità *volontaristica*.

In questo senso la ricostruzione della volontà delle parti in sede giudiziaria ha spesso rappresentato l’elemento con il quale le Corti hanno risolto le problematiche sorte con riferimento alla sec. 44 HFEA 2008.

7.1. L’interpretazione *ultra legem pro parenthood* della *common law* relativa alla *section 44 HFEA*

La monolitica precisione normativa della sec. 44 si è frantumata nello scontro con la incompetenza delle cliniche coinvolte, imponendo ancora una volta l’intervento riequilibratore della sorte dei più deboli da parte della *common law*.

Numerosi sono i casi decisi dalle Corti inglesi, il cui intervento si è reso necessario per la mancanza o la non corretta sottoscrizione del modulo del consenso previsto dalla sec. 44 HFEA per l’*agreed female parenthood* (vedi retro). In particolare Sir James Munby, presidente della Family Division della High Court, ha risolto la maggior parte dei casi, creando dei precedenti che hanno finito per integrare e talora sovvertire il testo della legge. È stato così previsto che nell’ipotesi in cui il modulo del consenso risulti smarrito e non vi sia dunque la prova che il consenso sia stato sottoscritto, prima dell’impianto

53 Diversamente, l’*agreed fatherhood* (Sec. 36 HFEA 2008) era in parte già prevista dalla Sec. 28 della vecchia legge (HFEA 1990), poiché, già prima, un uomo, ancorché non sposato né convivente con la donna che si sottoponeva alla fecondazione artificiale avrebbe potuto essere riconosciuto come padre del bambino, a lui estraneo geneticamente, se si fosse sottoposto insieme a lei alla procedura di fecondazione. Procedura, che, nel caso concreto, non impiegando alcun gamete, si sarebbe esaurita nella fase del colloquio con i medici. Il vincolo parentale derivava dalla prova dell’avvenuto “*treatment together*”, che, dopo il 2008, è stato sostituito con una serie di consensi formali definiti *agreed fatherhood conditions*. Le *sections 36 e 37* ricalcano esattamente quanto detto in merito alla accordo per la genitorialità concordata femminile. Anche in questo caso la donna che si sottopone al trattamento di fecondazione non deve essere sposata o parte di una *civil partnership*, anche in questo caso è necessario un accordo scritto e sottoscritto che espliciti le velleità genitoriali del futuro padre. Ed è sempre necessario che la madre non abbia revocato il consenso o che non abbia chiesto ad un altro uomo o donna di prestare il loro consenso e sostituirsi nella paternità o nel ruolo genitoriale al posto dell’uomo che ha sottoscritto il primo accordo. Naturalmente, i due futuri genitori non devono avere tra loro un vincolo parentale che vieti per la legge inglese di essere coniugi come nel caso di padre e figlia.

dell'embrione o della fecondazione della compagna, la Corte possa comunque decidere *on parol evidence* (sulla base di una testimonianza orale) e possa altresì correggere, con la sentenza, gli errori contenuti nel modulo, e che ne inficerebbero la validità⁵⁴. L'attribuzione alle Corti del potere correttivo e integrativo, che chiaramente sconvolge il testo di legge, è unicamente finalizzato a garantire lo status di *legal parent* alla compagna della donna che si è sottoposta a fecondazione eterologa⁵⁵. Ma l'obiettivo è anche quello di tutelare la famiglia venutasi a creare, confidando nella validità e nell'esistenza del modulo sottoscritto. Per contro, la diversa soluzione prospettata dal legislatore imporrebbe invece di non poter riconoscere quale genitore, e dunque di cancellarla dal registro delle nascite (se iscritta nel frattempo), la donna che non ha partorito. La mentalità pratica del giudice inglese, che gli impone una fuga in avanti nella valutazione delle conseguenze negative sul minore, ha convinto della necessità di disapplicare quella parte della *section* che vincolerebbe lo *status* di genitore e di figlio alla mera esistenza del modulo correttamente compilato.

Nel 2016, ha fatto scalpore il ricorso di due donne conviventi per ottenere una sentenza *ex section 55A of the Family Law Act 1986* che dichiarasse, in combinato disposto con la *section 43* dello HFEA 2008 che la donna che non aveva partorito (ma che comunque aveva impiegato il suo gamete) fosse the *legal parent* dei gemellini nati. Il ricorso si era reso necessario perché la clinica aveva invertito i moduli e fatto firmare alla gestante il modulo della compagna e viceversa⁵⁶. Il giudice, accertato che le due donne concordemente volevano essere entrambe riconosciute come genitori dei due gemelli, ha emesso il provvedimento richiesto. Nella determinazione di questo *status* genitoriale, in realtà, conta solo il criterio volontaristico, come confermato dalla sentenza *Re L*, sempre del 2016, con la quale, rilevata la mancanza di un valido consenso e la mutata volontà delle due donne in merito alla genitorialità, è stata invece disposta la correzione del registro delle nascite, nel quale era stata inserita la ex compagna come *legal parent*⁵⁷.

8. La necessaria esegesi creativa della *common law* dopo la riforma dello HFEA 2008

Successivamente alla riforma del 2008, entrata in vigore ad aprile 2009, i destini delle coppie omosessuali si sono ancora più spesso incrociati nella ricerca della genitorialità.

Singolarmente, mentre il legislatore aveva maturato l'idea dell'irrilevanza della doppia figura genitoriale eterosessuale, consentendo alle coppie omosessuali di accedere sia alla maternità surrogata che al donatore anonimo, i *prospective parents* hanno spesso dimostrato di essere di contrario avviso. Ne sono seguiti casi giudiziari crudi, con uno scenario genitoriale preoccupante, che disvela la pericolosità latente della *parenthood* "contrattata" a tavolino, al di là della previsione legislativa. Gli stessi giudici, anche dopo la legge, si sono trovati per loro stessa ammissione "*in what is still new territory in defining the roles of the various parties in the context of parenting*"⁵⁸. Nel tentativo di creare un ordine, Justice Hadley aveva elaborato il *concept of principal and secondary parents*, cercando per tale via di sottrarre i minori al caos

54 Tra i numerosi precedenti si ricordano: *In the matter of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Cases A, B, C, D, E, F, G and H)* [2015] EWHC 2602; *In re A and others (Legal Parenthood: Written Consents)* [2015] EWHC 2602 (Fam); *In the matter of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Case Ak)* [2017] EWHC 1154 (Fam); *In the matter of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Case V)* [2016] EWHC 2356 (Fam); *In the matter of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Case O)* [2016] EWHC 2273 (Fam); *Re Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Cases AD, AE, AF, AG and AH)* [2017] EWHC 1026 (Fam); *Re the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Cases Y, Z, AA, AB and AC)* [2017] EWHC 784 (Fam). *In the matter of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Case G)* [2016] EWHC 729 (Fam).

55 *In the matter of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Cases A, B, C, D, E, F, G and H)* [2015] EWHC 2602; *In re A and others (Legal Parenthood: Written Consents)* [2015] EWHC 2602 (Fam); *In the matter of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Case Ak)* [2017] EWHC 1154 (Fam); *In the matter of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Case V)* [2016] EWHC 2356 (Fam); *In the matter of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Case O)* [2016] EWHC 2273 (Fam); *In the matter of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Case G)* [2016] EWHC 729 (Fam); *Re Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Cases AD, AE, AF, AG and AH)* [2017] EWHC 1026 (Fam); *Re the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Cases Y, Z, AA, AB and AC)* [2017] EWHC 784 (Fam).

56 *In the matter of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Case G)* [2016] EWHC 729 (Fam).

57 *In the matter of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Case L)* [2016] EWHC 2266 (Fam). Nel caso concreto sussisteva comunque il consenso della compagna a non essere più riconosciuta come la *legal parent* del bambino.

58 Giudice Hadley in *ML - and - AR-and-R W-B-and S W-B-and-P&L (minors)* [2011] EWHC 3431 (Fam).

delle pretese degli adulti, posti dalla legge sul medesimo piano, e che stavano strappando la serenità ai loro figli. Il problema principale infatti nasce proprio dall'incontro di due realtà familiari distinte, due diverse coppie omosessuali, che grazie alla scienza, riesce a condividere un figlio, ma, senza il buonsenso, non riesce a poi gestirne l'educazione e la crescita.

Emblematico il caso *Re G (A Minor); Re Z (A Minor)* del 2013⁵⁹ che coinvolge tre coppie di omosessuali, tutti tra loro amici, due coppie di donne ed una coppia di uomini, che avevano donato i loro gameti per la fecondazione delle due donne, unite in *civil partnership* con altre due⁶⁰. In tutti e tre i casi la fecondazione non era avvenuta nelle cliniche (si trattava di ipotesi di DIY) ed il problema principale sorgeva per i due minori nati dopo l'entrata in vigore della riforma del 2008. Infatti, se per la prima bambina, in forza della vecchia legge, il padre biologico era anche il *legal father*, ancorché senza responsabilità genitoriale, per gli altri due, come evidenzia il Giudice Baker della High Court, doveva trovare applicazione la *sec. 42(1), 45(1) and 48 (2) of the 2008 Act*. Il tenore letterale delle disposizioni è chiaro. Non solo i due padri naturali, donatori del seme, non potevano essere considerati genitori per l'ordinamento, ma soprattutto la *legal parenthood* era stata acquisita dalle due *civil partner*, escludendo lo status di genitore al padre biologico⁶¹. La Corte evocava anche la *ratio* della riforma e giudicava manifestamente chiaro che, con l'entrata in vigore della legge del 2008, il Parlamento avesse modificato la disciplina sulla donazione per riconoscere le *lesbian parents as joint legal parents*. Non solo. In sentenza si evidenziava come oramai *"It is now established beyond doubt that the relationship between a same-sex couple constitutes 'family life' for the purposes of article 8 [CEDU]: see Schalk and Kopf v Austria [2010] ECHR 995."*

La motivazione, poi, a seguito di un'analisi dell'evoluzione sociale, rimarcava come, alla data del processo, centinaia di bambini fossero felicemente e con successo allevati dalle *same-sex couples*, Coglieva infine l'occasione per ricordare un importante precedente del 1784 del quale condivideva la *ratio*, e per il quale, di fronte all'inevitabile cambiamento dei costumi della società, spetta al diritto adattare se stesso ai vari mutamenti dell'umanità [*'As the usages of society alter, the law must adapt itself to the various situations of mankind'* per Lord Mansfield in *Barwell v Brooks* (1784) 3 Doug].

La riforma del 2008, nata chiaramente per tutelare le *alternative family forms without fathers* si reggeva sul presupposto, che Justice Baker faceva finta di condividere, ossia che le famiglie composte solo da donne possano comunque far fronte a tutti i bisogni dei figli, senza aver necessità della figura paterna. Baker J, infatti, si svincolava da tale principio generale, e ricordava a se stesso che ogni caso che coinvolge dei minori deve tenere in considerazione tutti i fatti che lo caratterizzano. Insisteva così sulla prova certa che entrambi i padri biologici avevano di fatto frequentato i minori, in maniera anche assidua, e con il consenso delle due donne, che avevano sempre manifestato l'intenzione di far conoscere ai figli i due uomini come i loro padri. Ne conseguiva, per la Corte, che i ricorrenti non avrebbero mai potuto essere assimilati a due estranei donatori e che la rigida applicazione della legge avrebbe potuto legittimare delle ingiustizie. Così, improvvisamente, la motivazione muta angolazione, e il Giudice riusciva a spingere le sue conclusioni nella direzione diametralmente opposta a quella che lasciavano presagire le sue premesse. Se, infatti, era incontestabile che le 4 *civil partners*, a seguito della riforma, fossero oramai le *legal parents* dei minori ed avessero acquisito *ex lege* la *parental responsibility*, con il diritto di escludere i padri biologici, era altrettanto certo ed evidente che, nel libero esercizio dei loro poteri e diritti, avevano deciso di garantire un *regular contact* tra i padri e i figli. Con un acume mirato a giustificare una decisione finale distante dall'oggettivo contenuto delle *sections* dello HFEA, la motivazione proseguiva: *"The 2008 Act denies the biological father the status of legal parent, but it does not prevent the lesbian couple, in whom legal parenthood is vested, from encouraging or enabling the biological father to become a psychological parent."*

59 [2013] EWHC 134 (Fam)

60 Entrambi gli uomini avevano agito in giudizio per richiedere l'autorizzazione a depositare un ricorso per ottenere il *contact order* e *resident order*, poiché le madri avevano impedito loro, negli ultimi mesi, di vedere i figli. Il caso *Re G* riguardava l'uomo della coppia che aveva donato il seme per ben due volte alle medesime *civil partners*, generando due figli, una nata a dicembre 2008 e uno a settembre 2010. L'altro uomo della medesima coppia gay l'aveva donato all'altra *same sex lesbian couple*, ed era nato un bambino ad aprile 2010.

61 *"If at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs or of her artificial insemination, W was a party to a civil partnership, then ... the other party to the civil partnership is to be treated as a parent of the child unless it is shown that she did not consent to the placing in W of the embryo or the sperm and eggs or to her artificial insemination (as the case may be)." Sec.45(1) provides, in so far as relevant to this application: "Where a woman is treated by virtue of section 42 ... as a parent of the child, no man is to be treated as the father of the child." Sec.48"(1) Where by virtue of section ... 42 ... a person is to be treated as the ... parent of a child, that person is to be treated in law as the ... parent ... of the child for all purposes. (2) Where, by virtue of section ... 45 ... a person is not to be treated as a parent of the child, that person is to be treated in law as not being a parent of the child for any purpose".*

On the contrary, it empowers the lesbian couple to take that course as the persons in whom parental responsibility is vested”.

Iniziavano così le considerazioni inaspettate, ma che trasudano i principi oramai acquisiti e stratificati nella *common law* per la questione della genitorialità. In maniera decisa e con trasparente soddisfazione Justice Baker sentenziava che *“the potential importance of genetic and psychological parenthood is not automatically extinguished by the removal of the status of legal parenthood, and that social and psychological relationships amounting to parenthood can and often do co-exist with legal parenthood”*. Considerato pertanto che le madri non avevano trattato i donatori come tali, dall’inizio, non avrebbero potuto farlo dopo aver agevolato un minimo di rapporto con i padri. Non esisteva dunque alcuna valida ragione per la Corte per negare l’autorizzazione per agire per il *contact order*. È evidente che una tale motivazione avrebbe invitato qualsiasi giudice, incaricato per il merito della questione, a concedere il *contact order*. Ancora una volta la giurisprudenza inglese ha saltato la staccionata della legge, usando sempre la solita asta, the *paramount consideration of the best interest of the child*, e al solo fine di fare giustizia nel caso concreto. Un caso troppo concreto che non era stato “veramente” previsto e disciplinato dal legislatore, e pertanto, era stato giustamente “regolamentato” dalla *common law*.

La diretta conseguenza è stata quella di vanificare lo sforzo del legislatore di eliminare l’incubo giudiziario delle multi *parent family*.

Merita però rilevare che uno, tra i tanti fattori che hanno pesantemente condizionato la decisione, è stato il legame biologico e il fatto che le 4 donne avessero dichiarato la loro intenzione di far sapere ai figli che i ricorrenti fossero i loro padri. Alcuni autori hanno, però, criticato aspramente questa sentenza nella misura in cui stravolge il disegno legislativo del *two parent model in law for same sex couple*, lasciando presagire il pericolo del moltiplicarsi di cause da parte di *known donor* per un *contact order*⁶². Rileggendo attentamente la sentenza è stata invero chiaramente forzata l’applicazione della tesi della *psychological parenthood* sia considerando l’età dei bambini, all’epoca, sia considerando gli effettivi tempi di frequentazione che vi erano stati.

Tale ultima conclusione si rafforza anche leggendo la motivazione di un altro caso limite, frutto degli incastrati sentimentali per l’irrequietezza umana, deciso nel 2015.

Sempre nel 2015, merita di essere segnalata un’altra pronuncia, anche essa dirompente nel panorama giurisprudenziale.

Nel procedimento *H v S (Surrogacy Arrangement)*⁶³ The Honourable Ms Justice Russell DBE si è trovata nella difficile situazione di decidere un caso, non solo giuridicamente difficile, ma anche emotivamente pesante, che coinvolgeva la bambina nata, nel 2014, a seguito di un accordo intercorso tra una donna single e un uomo sentimentalmente legato ad un altro. Di fatto, la donna era stata artificialmente inseminata dal futuro padre, ma i termini dell’accordo non erano chiari. Mentre la madre biologica sosteneva di aver prestato il consenso all’impianto, poiché voleva un figlio da un donatore conosciuto e avrebbe voluto crescere la figlia insieme a lui, senza il coinvolgimento del compagno di quest’ultimo, il padre biologico raccontava un’altra storia. Per la coppia omosessuale, questi, avevano commissionato il figlio, pur impegnandosi a far frequentare la bambina alla madre⁶⁴.

Le conclusioni cui giunge il magistrato sono inaspettate, poiché, non solo dispone che la bambina debba vivere con la coppia omosessuale, attribuendo ad entrambi la responsabilità genitoriale, ma soprattutto concede alla madre biologica di poter avere solo un *contact order* con la figlia, e nemmeno frequente. Nella motivazione si chiariscono le ragioni di una scelta, giudicata certamente anomala, da un giurista italiano. Si spiega invero che la frequentazione con la madre, per la bambina, dovrà avere lo scopo di sviluppare *her own sense of identity*, ma dovrà essere diradata *“as to lead to any confusion in the child’s mind about where and with whom she lives and who are her main carers (...) the role of S (la madre) will be more peripheral than it has been in the past and its importance and frequency for M will be dependent on its quality”*. Dunque, da un lato, la bambina dovrà essere messa in grado di capire che quella donna è sua ma-

62 N. Gamble *Lesbian Parents And Sperm Donors: Re G and Re Z*, in November 2013, Fam Law, 1429.

63 [2015] EWFC 36.

64 Scoppiato lo scontro sulla gestione della neonata, i due uomini depositavano il ricorso per ottenere entrambi la *parental responsibility* ed il *residence and contact order*, che nelle more del procedimento era diventato *child arrangement orders*. La madre si era costituita per le stesse domande. La conflittualità del giudizio, che poneva in rilievo anche la natura e i termini dell’accordo, veniva presto risolta dal Giudice Russel con l’espressa ed unica necessità di trovare una soluzione considerando solo il *welfare of a child*. Così, dopo aver tristemente constatato di ritrovarsi di fronte ad un altro esempio di come gli accordi tra potenziali genitori raggiunti privatamente per il concepimento di un figlio non hanno buon esito e causano solo angoscia nei genitori biologici e nei loro compagni, giustamente si pone come obiettivo unico quello di rileggere i fatti alla luce della *welfare checklist* contenuta nella sec. 1(3), del *Children Act 1989*.

dre, ma, dall'altro, nella logica del Giudice, dovrà identificare i due uomini, come i suoi genitori, come il suo unico nucleo familiare, e più esattamente, come *main carers*, coloro che nella vita si occupano di lei.

Lascia poi positivamente stupiti leggere che tale decisione finale sia dipesa dal comportamento della donna che, reiteratamente, aveva offeso e denigrato l'orientamento sessuale del padre e del compagno, e che non aveva celato la sua ostilità verso quest'ultimo. Questo atteggiamento è stato, interpretato come pericoloso per una crescita equilibrata e serena della bambina, la quale, altrimenti, sarebbe vissuta con uno stillicidio denigratorio verso suo padre e, in ultima analisi, sulla sua stessa identità.

9. La riforma del *Surrogacy Arrangement Act 1985* con *Lo Hfea 2008*

La riforma del 2008⁶⁵ investe anche la maternità surrogata che, a tutt'oggi, anche a causa della manipolazione giurisprudenziale (*infra*) non trova "quiete normativa".

Lo HFEA 2008, in linea con la *ratio* della legge, ha introdotto la *sec. 54*, titolata *Parental Orders*⁶⁶, che sostituisce la vecchia *sec. 30* del 1990, pur riproponendone di fatto il contenuto. Le modifiche sono poche, ma incisive. In questo contesto si tratta di una disposizione importante poiché comunemente utilizzata dalle coppie omosessuali composte da uomini.

In primo luogo, la richiesta di un *parental order* che trasferisce sia la *legal parenthood* che la "*parental responsibility*" dalla madre surrogata agli *applicants* non è oggi più riservata solo ad un marito e ad una moglie, ossia ad un uomo e una donna legati dal vincolo del matrimonio, ma si estende in genere a due *applicants* (*two people "the applicants"*). Ne consegue che, come esplicitato dal testo legislativo, questi ultimi potranno essere anche due *civil partners* o due persone che vivono come *partners in an enduring family relationship*, purché si tratti di una relazione stabile e lecita. La *sec. 54* non include espressamente tra gli *applicants* due persone dello stesso sesso, unite in matrimonio in forza del *Same Sex Marriage Act 2013*, ma ciò è comunque previsto proprio da quest'ultima legge, anche se non ha imposto una espressa

65 Kirsty Horsey *Fraying At The Edges: UK Surrogacy Law in 2015* in *Medical Law Review*, vol. 24, n. 4 pp.608 e ss.; Mary Welstead & Susan Edwards *Family Law* Oxford University Press 2011

66 *Sec. 54 HFEA Parental orders*

(1)On an application made by two people ("the applicants"), the court may make an order providing for a child to be treated in law as the child of the applicants if—

(a)the child has been carried by a woman who is not one of the applicants, as a result of the placing in her of an embryo or sperm and eggs or her artificial insemination,

(b)the gametes of at least one of the applicants were used to bring about the creation of the embryo, and

(c)the conditions in subsections (2) to (8) are satisfied.

(2)The applicants must be—

(a)husband and wife,

(b)civil partners of each other, or

(c)two persons who are living as partners in an enduring family relationship and are not within prohibited degrees of relationship in relation to each other.

(3)Except in a case falling within subsection (11), the applicants must apply for the order during the period of 6 months beginning with the day on which the child is born.

(4)At the time of the application and the making of the order—

(a)the child's home must be with the applicants, and

(b)either or both of the applicants must be domiciled in the United Kingdom or in the Channel Islands or the Isle of Man.

(5)At the time of the making of the order both the applicants must have attained the age of 18.

(6)The court must be satisfied that both—

(a)the woman who carried the child, and

(b)any other person who is a parent of the child but is not one of the applicants (including any man who is the father by virtue of section 35 or 36 or any woman who is a parent by virtue of section 42 or 43), have freely, and with full understanding of what is involved, agreed unconditionally to the making of the order.

(7)Subsection (6) does not require the agreement of a person who cannot be found or is incapable of giving agreement; and the agreement of the woman who carried the child is ineffective for the purpose of that subsection if given by her less than six weeks after the child's birth.

(8)The court must be satisfied that no money or other benefit (other than for expenses reasonably incurred) has been given or received by either of the applicants for or in consideration of—

(a)the making of the order,

(b)any agreement required by subsection (6),

(c)the handing over of the child to the applicants, or

(d)the making of arrangements with a view to the making of the order, unless authorised by the court.

modifica della *sec. 54*. Ciò che sembra premere al legislatore inglese è che il bambino abbia due genitori, di cui uno geneticamente legato al nascituro. Non si attribuisce infatti alcun valore o importanza al sesso degli *applicants*, ritenuto un dettaglio irrilevante per la corretta crescita del minore. Si vuole, invece, escludere la maternità surrogata per due persone legate da una convivenza potenzialmente incestuosa, come l'ipotesi di madre e figlia, zia e nipote ecc..

Del pari, anche se ancora per poco, sono esclusi i *single*. Di recente, infatti, un uomo, padre naturale di un minore, nato a seguito di un contratto con una madre surrogata americana, ha cercato di ottenere un *parental order*, sostenendo che la *sec. 54* HFEA 2008 avrebbe dovuto essere letta in maniera tale da essere compatibile con i diritti della CEDU, e dunque *in accordance with s.1(3), Human Rights Act 1998 ("HRA 1998")*⁶⁷. Si richiamavano infatti gli articoli 8 e 14 della CEDU per spingere il Giudice ad autorizzare l'emissione del provvedimento,⁶⁸ ma tale richiesta è stata respinta.

L'anno successivo il medesimo padre ha invece depositato un nuovo ricorso, sostenendo che la *s.54* fosse incompatibile con l'articolo 8 e 14 della CEDU, rappresentando una "*discriminatory interference with a single person's rights to private and family life*". Il Presidente della Family Division, Sir James Munby, ha così disposto che "*Sections 54(1) and (2) of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 are incompatible with the rights of the Applicant and the Second Respondent under Article 14 ECHR taken in conjunction with Article 8 insofar as they prevent the Applicant from obtaining a parental order on the sole ground of his status as a single person as opposed to being part of a couple*"⁶⁹. Tale dichiarazione di incompatibilità della legge interna con lo Human Rights Act 1998, che rende legge interna la stessa CEDU, non è frequente e certamente condiziona il legislatore. Il Parlamento, infatti, tramite il suo portavoce, anche in data 21 novembre 2017, ha comunicato l'imminente modifica della *sec.54*, con la possibilità di accedere alla maternità surrogata anche per i *single*, e con l'introduzione di un *remedial order*, per trovare una soluzione a tutti i casi che sono stati al momento risolti con l'adozione, anziché con *parental order*⁷⁰.

Per contro, secondo la previsione normativa, però, una coppia di omosessuali, sposata o in *civil partnership* o stabilmente convivente, può depositare una richiesta di *parental order* solo se ricorrono determinati presupposti (identici a quelli delle coppie eterosessuali). In primo luogo, come premesso, almeno uno dei gameti per la formazione dell'embrione deve appartenere ad uno dei genitori c.d. *intenzionali*, i quali devono aver compiuto entrambi gli anni 18. Il consenso prestato dalla madre surrogata e dall'(eventuale) marito della stessa, o da coloro che diventano padri ex *sec. 35* o *36* o (*female*) *parent* ex *sec. 42* o *43* dello HFEA 2008, deve essere libero consapevole e incondizionato. Si conferma infatti la *sec. 1A* del *Surrogacy Arrangement Act*, introdotta nel 1990, per la quale gli accordi di maternità surrogata sono non coercibili (*unenforceable*). La *sec. 54* prevede inoltre che il consenso della surrogata non sia valido e resti privo di effetti se manifestato entro le 6 settimane dalla nascita. Dal punto di vista procedurale, la richiesta di emissione del *parental order* deve essere depositata non oltre 6 mesi dalla nascita del bambino e, al momento del deposito, il neonato deve già vivere con gli *applicants*, i quali devono essere domiciliati nel Regno Unito o nelle Channel Islands o nell'Isola di Man (o almeno uno dei due).

Lo HFEA 2008, come nel 1990, si ripropone l'obiettivo di reprimere le ipotesi di *commercial surrogacy* e per tale ragione impone un severo controllo alle Corti in sede di decisione per il *parental order* (oggi *sec. 54 (8)* HFEA 2008). I giudici, infatti, possono emettere un tale *order* solo se si convincono che gli *applicants* non abbiano corrisposto del denaro o altri benefit, eccetto il rimborso "*for expenses reasonably incurred*", per la sottoscrizione dell'accordo o per la consegna del bambino o per la rinuncia alla *parental*

67 Lo *Human Rights Act* è la legge emanata nel 1998 che ha incorporato nel diritto interno i diritti contenuti nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo ed ha introdotto una forma di *judicial review of the law*.

In forza dello *Human Rights Act* tutte le leggi inglesi devono essere interpretate ed applicate dai giudici in maniera tale che risultino compatibili con i diritti garantiti dalla Convenzione (*Sec. 3*), tenendo conto della giurisprudenza di Strasburgo (*sec. 2*). Laddove la legge inglese siano in contrasto con le norme della Convenzione, le Corti inglesi possono emanare una "*declaration of incompatibility*", (*sec. 4*) imponendo di fatto al Parlamento di modificare il testo in questione.

68 In the matter of Z (A Child), [2015] EWFC 73, 7 September 2015

69 In the matter of Z (A Child) (No 2) [2016] EWHC 1191 (Fam)

70 A luglio 2017, the Parliamentary Under-Secretary at the Department of Health, Lord O'Shaughnessy, ha annunciato che "*the remedial order would include a provision to allow for retrospective application for a parental order by single people*". PQ HL660 19 July 2017.

Per contro, nel 2015, di fronte ad un caso, obiettivamente allarmante, la Corte inglese aveva emesso un *adoption order* a favore di un padre naturale che aveva impiegato il suo gamete per fecondare l'embrione impiantato nella madre con la complicità del padre. Agli occhi dei Giudici il bambino, oramai nato, sarebbe stato ben seguito dal ricorrente e pertanto alla luce del principio per cui "*The paramount consideration of the court or adoption agency must be the child's welfare, throughout his life*", avevano emesso l'*order*. L'intera procedura era stata seguita da una clinica privata, ma il fratello / padre, in quanto *single* e non per l'aberrante situazione, non aveva ottenuto il *parental order* [2015] EWFC 17.

responsibility. Rispettando lo stile confusionario di questa legge, la *sec. 30*, prima, e la *sec. 54*, oggi, prevede un'ulteriore eccezione, ossia la possibilità che le Corti autorizzino la "già avvenuta" corresponsione del denaro e dei *benefits*. In tale ultimo caso, non ci sono limiti all'emissione del *parental order*, sebbene sia chiara la natura *commercial* della *surrogacy* perfezionata. Peraltro in Inghilterra molti accordi di maternità surrogata vengono sottoscritti all'estero e sono quasi tutti *commercial*.

La discrezionalità offerta dal legislatore inglese al giudice, già nel 1990, è stata, inevitabilmente, ulteriormente ampliata in sede giurisprudenziale e quasi spinta al limite dell'arbitrio con le sentenze *Re X and Y (Foreign Surrogacy)* [2009] 1 FLR 733 e *Re S (Parental Order)* [2010] 1 FLR 1156.

Le Corti, dal 2010, autorizzano quasi sempre *ex post* la corresponsione anche di somme ingenti, aggrappandosi al precedente *Re L (Commercial Surrogacy)* 2010, laddove il giudice Hedley ha ribadito che nello scontro tra il benessere del bambino e le ragioni di *public policy* devono essere queste a soccombere.

Tale estensivo-permissivo orientamento ha trovato sostegno nelle *Regulations* 2010 (HFEA *Regulations*) che hanno esteso il criterio previsto dalla *sec. 1* dell'*Adoption and Children Act* 2002 alla *sec. 54* HFEA 2008 e, dunque, il miglior interesse del bambino non è più semplicemente il primo criterio di riferimento del Giudice, ma è divenuto "*its paramount consideration*". Ed è oggi massima acquisita che "*In considering what order to make, the court's paramount consideration is X's lifelong welfare needs having regard to the matters set out in s 1(4) ACA (Adoption and Children Act 2002)*". Orientamento, questo, confermato da Sir Nicholas Wall, President of the Family Division, in *Re X (children)* [2011] EWHC 3147 (Fam) e nel 2013 dalla High Court of Justice (Family Division).

Come puntualizza Hedley J nel 2013⁷¹ i criteri e i fattori da tenere in considerazione nell'esercizio del potere discrezionale sono molteplici. Le corti dovrebbero invero accertare che la somma pagata sia effettivamente sproporzionata rispetto alle *reasonable expenses*, che gli *applicants* abbiano agito in buona fede e non immoralmente durante le trattative con la madre surrogata e che il pagamento non abbia rappresentato una pressione per condizionare la volontà di quest'ultima. Il giudice dovrebbe altresì accertarsi che i genitori intenzionali non abbiano cercato di trarre in inganno, che non abbiano semplicemente pagato dei soldi per comprare un bambino all'estero e che i *commercial surrogacy arrangements* non siano stati usati per aggirare le disposizioni normative a tutela dei minori in vigore nell'ordinamento inglese.

Tali criteri, che spostano l'asse di valutazione su considerazioni assolutamente distanti da quelle predisposte dal legislatore, come il convincimento del giudice che gli *applicants* non abbiano avuto l'intenzione di eludere i precedenti o che comunque abbiano agito in buona fede, sono oramai comunemente applicati dalla corti per consentire ai genitori c.d. intenzionali di ottenere il provvedimento, anche se hanno corrisposto somme ingenti, anche oltre 40.000,00 sterline⁷².

È rilevante sottolineare che, comunque, né la coppia committente né la madre surrogata o il marito di lei o la *civil partner*, nel caso in cui contravvengano il divieto della mercificazione della vita umana, rischiano alcuna sanzione.

L'impianto normativo, in parte fintamente ideologico, come nel divieto di *commercial surrogacy* o nel divieto di "esecuzione in forma specifica", o ingiustificatamente cavilloso sotto il profilo della procedura, come nel caso dell'imposizione di un *time limit* per depositare la richiesta di *parental order*, è stato limato e ricondotto alla realtà dalla *common law*. Infatti, sempre nel 2014 in *X (A Child)(Surrogacy: Time Limit)*⁷³ il Presidente Munby ha sovvertito il limite imposto dalla *sec. 54* e ha concesso il *parental order* richiesto oltre i 6 mesi, giudicando accettabile una *purposive interpretation* della *sec. 54*. Un anno dopo, nel 2015, la High Court con la sentenza *A&B (Children) (Surrogacy: Parental Orders: Time Limits)*⁷⁴ è andata oltre, concendendo il *parental order* per due bambini che avevano oramai 5 e 8 anni.

La sentenza impone una riflessione sull'assurdità e sulla manifesta ingiustizia che deriverebbe dal dare maggior importanza ad un "*ritardo*", e dunque ad una ragione formale, piuttosto che alla necessità

71 "I remind myself of the factors the court should consider in exercising its discretion whether to authorise payments namely:

(i) Was the sum disproportionate to reasonable expenses
(ii) Were the applicants acting in good faith and without moral taint in their dealings with the surrogate mother and the payments do not overbear the will of the surrogate.
(iii) Were the applicants party to any attempt to defraud the authorities
(iv) To ensure commercial surrogacy arrangements were not used to circumvent childcare laws in this country
(v) The applicants were not involved in the simple payment of money and 'buying' children abroad.

72 [2016] EWHC 1068 (Fam); in tal senso anche *In The Matter Of The Human Fertilisation & Embryology Act* 2008, Section 54 (2) & (8) *In The Matter Of F & M* [2016] Ewhc 1594 (Fam).

73 [2014] EWHC 3135 (fam).

74 *Re A and B (Children) (Surrogacy: Parental Orders: Time Limits)* [2015] EWHC 911 (Fam); in tal senso anche *AB and CD and CT* [2015] EWFC 12;

che i bambini siano riconosciuti come figli degli *applicants*. E ciò in quanto “*welfare principle must outweigh any public policy concerns*”⁷⁵

Quando vogliono, le corti inglesi ben sanno come scrollarsi di dosso i formalismi, e i medesimi principi si leggono anche nelle sentenze che coinvolgono le *same-sex couples* senza che l’orientamento sessuale degli *applicants* incida minimamente sulla loro valutazione. È forse importante rilevare che la maggior parte dei casi giudiziari di *surrogacy* vedono come protagonisti principali proprio le coppie gay e coinvolgono *international surrogacy agreements* conclusi all’estero presso cliniche del Nepal, dell’India, della California, Cipro, Minnesota, Thailandia⁷⁶ etc.

9.1. L’erosione del valore del rifiuto della madre surrogata al *parental order* nel caso di una coppia committente gay e le *multi parent families*

Anche i casi giudiziari di *surrogate motherhood agreements* hanno rappresentato l’occasione per la configurazione di *multi parent families*, ed in particolare si ricorda la sentenza della Corte d’Appello inglese di aprile 2017⁷⁷. Il Collegio, infatti, mostrando una insolita sensibilità per la vicenda umana “stesa” davanti ai suoi occhi, ha in parte modificato la decisione di primo grado.

Paradossalmente, la fattispecie storica è più complessa di quella giuridica. I due appellanti, due *civil partners*, qualche anno prima del processo, avevano fatto ricorso ad una madre surrogata e, uno dei due, aveva impiegato i propri gameti per creare degli embrioni da impiantare. Erano nati due gemelli, ma erano “avanzati” degli embrioni. Così, l’anno dopo, consultando un sito *facebook* per madri surrogate, avevano “scelto” come gestante una signora sposata, con un bambino di 6 anni, con problemi di autismo. L’intero intervento di fecondazione era stato effettuato a Cipro, ma, durante la gravidanza, uno dei due gemelli era deceduto. La madre surrogata, chiaramente pentita del gesto, aveva invece comunicato ai genitori c.d. *intenzionali* di aver perso entrambi i feti. I due *civil partners* apprendevano però dal gestore del sito *facebook* che uno dei bambini era nato. Si sviluppava così una battaglia giudiziaria finalizzata ad ottenere il bambino da parte dei due *applicants*, i quali, gelate le loro pretese di *parental order*, per il rifiuto della surrogata, giocavano sostanzialmente le carte della genitorialità biologica e del vincolo genetico tra i fratelli per ottenere quantomeno un *parental responsibility order*.⁷⁸

La sentenza della Corte d’Appello, *Re M (Child)* è chiaramente incentrata sulla migliore soluzione per il bambino ed è determinata a mettere in secondo piano ciò che considera i legittimi desideri e le legittime aspettative degli adulti⁷⁹. Ma stravolge anche il dato normativo.

Infatti, di fronte al rifiuto della madre surrogata di rinunciare al bambino, invece di respingere ogni richiesta dei due padri, la Corte di Appello, ferma restando la decisione per cui l’affidamento sarebbe rimasto alla madre surrogata e a suo marito, *legal parents*, ravvisava la necessità che anche il padre naturale avesse la *parental responsibility* sul minore, ripartendo ancora una volta l’esercizio della genitorialità tra tre soggetti⁸⁰.

75 Re L (2010) EWHL 3030 (Fam), Giudice Hedley J.

76 [2016] EWHC 1068 (Fam); [2016] EWHC 1594 (Fam); [2015] EWFC 90; : [2015] EWFC 73. Si segnala che dal 2015 India e Thailandia non consentono più l’*international surrogacy*.

77 [2017] EWCA Civ 228

78 In primo grado, [2016] EWFC 34, i ricorrenti venivano mortificati da una motivazione che rigettava le loro richieste e li accusava ingiustamente di non essere stati sufficientemente chiari con la *surrogate mother* e di aver approfittato della sua vulnerabilità. Infatti, Ms Justice Russell aveva disposto che il bambino, che allora aveva 20 mesi, venisse affidato alla madre surrogata e a suo marito, che mantenevano la *parental responsibility*, sebbene entrambi non avessero alcun legame genetico con lui e sebbene la loro primigenia intenzione, e i famosi accordi, non fossero stati quelli di crescere il piccolo Z (così chiamato in sentenza). Per contro aveva deciso che il padre naturale e il suo compagno lo potessero vedere solo ogni due mesi.

79 [2017] EWCA Civ 228

80 I due appellanti si erano lamentati non solo delle ingiuste accuse mosse dal giudice di I grado, ma anche del fatto che Ms Justice Russell non aveva valutato che, a causa della sua decisione, il minore Z non sarebbe cresciuto con il suo padre naturale né con i suoi fratelli né con il suo *step-father* (compagno del padre, in quanto *civil partner*). In realtà, come evidenzia Lady Justice Black della Court of Appeal, il giudice di primo grado non aveva sottovalutato il legame genetico, ma aveva ritenuto più importante il legame che si era creato durante la gravidanza tra la surrogata e il bambino, e ancora di più l’amore e il calore che vi era tra la madre gestante e Z. Condivideva in particolare la convinzione che la *surrogate* e suo marito sarebbero stati più adatti a far crescere il bambino in una *secure, loving and safe home* e soprattutto che il bambino, per crescere felice, avesse bisogno di mantenere il rapporto con la madre e il marito di lei, che avevano dimostrato un sincero amore per lui.

L’importanza che in entrambe i gradi di giudizio viene attribuita al legame tra Z e la sua famiglia biologica determina però le differenze nel dispositivo finale. Infatti, sebbene anche per Ms Justice Russell fosse importante mantenere i contatti con il ramo biologico della famiglia, secondo lei tale obiettivo avrebbe potuto essere perseguito solo se il minore fosse rimasto

Questa sentenza rappresenta l'ulteriore passaggio verso l'erosione della normativa vigente e parte della dottrina inglese⁸¹ si domanda oggi il senso di tenere stretta una legge oramai palesemente antiquata, i cui limiti e criteri vengono continuamente consumati dalla *common law*.

10. Conclusioni

Lo *Human Fertilisation and Embryology Act* del 2008 rappresenta l'ultimo complesso intervento normativo a favore della genitorialità omosessuale in Inghilterra.

L'evoluzione legislativa è andata avanti a piccoli passi, muovendo da un ostruzionismo severo che ha campeggiato fino agli inizi del 2000, passando attraverso gli smantellamenti dei testi di legge da parte della *common law*, più sensibile alla vita reale.

Le Corti inglesi, infatti, con i loro articolati provvedimenti hanno, nel tempo, spesso sovvertito il dettato normativo, e con motivazioni estensive o restrittive o, decisamente, creative hanno tracciato la strada alle riforme per il Legislatore. E l'attuale e indubbia certezza che l'idoneità genitoriale sia l'unico criterio da seguire in caso di adozione o di affidamento e che questo prescindendo dall'orientamento sessuale è il frutto di questa costante sinergia tra potere legislativo e giudiziario. Lo HFEA del 2008 è chiaramente il risultato della rielaborazione normativa dell'evoluzione giurisprudenziale, stratificata negli anni.

I casi giudiziari esaminati, però, ripropongono anche i drammi e i problemi che si celano in ogni crisi familiare, a prescindere dall'identità sessuale di coloro che, secondo l'ordinamento inglese, possono essere qualificati genitori.

Ma le stesse sentenze, che coinvolgono le coppie lesbiche e i c.d. *known sperm donors*, gettano anche la luce sulla crescente tensione tra la *biology, intention and functional parenting* nell'attribuzione dello stato di genitore (*legal parental status*)⁸². Parallelamente, i casi esaminati fanno emergere la grave conflittualità alimentata dai c.d. *agreements* che sovvertono, per gli interessi degli adulti, lo schema della genitorialità disegnato dalla natura.

Se è condivisibile il principio per cui l'idoneità genitoriale non deve dipendere dall'orientamento sessuale, è altrettanto certo che soluzioni giurisprudenziali o normative che introducano una responsabilità genitoriale prismatica, tripartita o quadripartita tra più soggetti, sia assolutamente deleteria per il minore. Questi, di fatto relegato nel ruolo di oggetto delle contrapposte pretese degli adulti, rimane troppo spesso stritolato da una conflittualità accesa e come sempre veemente quando sono in gioco valori come quelli della genitorialità.

con la surrogata, che, giudicata molto sensibile, non avrebbe impedito i contatti con il padre naturale. Per contro il Giudice di primo grado temeva che i due committenti, in caso di affidamento, avrebbero impedito alla *surrogate* di rivedere il figlio. Ma soprattutto riteneva sufficiente un incontro ogni due mesi per "mantenere i rapporti".

81 K.Horsey *Fraying at The Edges: UK Surrogacy Law in 2015* in *Medical Law Review* vol.24 n. 4, 2016, pp. 608 e ss.

82 T. Callus *A New Parenthood Paradigm For Twenty-First Century Family Law In England And Wales?* in V. 32, (3) *Legal Studies*, September, 2012, p. 347

Commenti

*Livio Scaffidi Runchella**

Il riconoscimento e la trascrizione dei matrimoni *same-sex* conclusi all'estero alla luce delle recenti decisioni del Tribunale di Perugia e della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Orlandi ed altri c. Italia*

Sommario

1. Osservazioni introduttive – 2. L'intrascrivibilità dei matrimoni *same-sex* nella disciplina previgente: dalla contrarietà all'ordine pubblico, all'inesistenza e, infine, all'inedoneità del matrimonio concluso all'estero da cittadini italiani – 3. L'erronea sovrapposizione fra il diritto ad accedere allo *status* matrimoniale e il diritto a ottenere la trascrizione dell'atto di matrimonio straniero nell'ordinanza del Tribunale di Perugia – 4. La condanna dell'Italia da parte della Corte Edu per la mancata trascrizione dei matrimoni *same-sex* conclusi all'estero nel caso *Orlandi e altri c. Italia* – 5. Il declassamento del matrimonio *same-sex* concluso all'estero nella nuova disciplina di diritto internazionale privato: rilievi critici – 6. Declassamento del matrimonio *same-sex* concluso all'estero e diritto al rispetto della vita familiare – 7. Declassamento del matrimonio *same-sex* concluso all'estero e diritto dell'Unione europea – 8. Conclusioni

Abstract

Il presente contributo, muovendo da due recenti decisioni, precisamente l'ordinanza del tribunale di Perugia del 10 luglio del 2017 e la sentenza della Corte Edu nel caso *Orlandi e altri c. Italia*, si propone di offrire qualche spunto di riflessione sulla questione della trascrizione e riconoscimento dei matrimoni *same-sex* conclusi all'estero, nella prospettiva dell'ordinamento giuridico italiano. La nuova disciplina di diritto internazionale privato e dell'ordinamento di stato civile sulle unioni fra persone dello stesso si ispira alla "tecnica del c.d. *downgrade recognition*", secondo la quale il matrimonio straniero viene riconosciuto come unione civile di diritto italiano e come tale trascritto nei registri dello stato civile. Il lavoro analizza come tale forma di riconoscimento si concilia con la Convenzione Edu e con il Diritto dell'Unione europea.

This article addresses two recent decisions, namely the order of the Court of Perugia of 10th July 2017 and the judgment of the European Court of Human Rights of 14th December 2017 in the case Orlandi and others v. Italy and it intends to offer some insights on the issue of registration and recognition of marriages contracted abroad, from the Italian legal system perspective. The new private international law and legal order of civil status regulations on same-sex unions are influenced by the so called "downgrade recognition procedure", according to which foreign marriage is recognized as a civil union governed by Italian law and thus registered in the civil status register. This paper analyzes whether and under what conditions such a form of recognition may be reconciled with the European Convention on Human Rights and with the law of the European Union.

* Ricercatore di Diritto internazionale, Università di Messina.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1. Osservazioni introduttive

Con l'entrata in vigore della legge 20 maggio 2016, n. 76 sulle unioni civili e dei relativi decreti attuativi, il legislatore italiano ha finalmente colmato il vuoto di tutela giuridica esistente in materia, accogliendo le sollecitazioni provenienti dalla Corte Costituzionale e dalla Corte Edu¹. In particolare, quest'ultima autorità con la sentenza del 21 luglio 2015, nel caso *Oliari e altri c. Italia*, aveva accertato la violazione dell'art. 8 Cedu da parte dell'Italia per aver omesso di adottare una legislazione diretta al riconoscimento e alla protezione delle unioni tra persone dello stesso sesso.

La nuova legge non estende il matrimonio alle coppie *same-sex*, ma accorda, nell'ambito del nuovo istituto delle unioni civili, gran parte dei diritti e degli obblighi previsti per il matrimonio, incidendo pure sullo stato civile della persona. Sotto questo profilo, le principali differenze tra il matrimonio, riservato alle coppie formate da persone di sesso diverso, e l'unione civile, riservata alle coppie formate da persone dello stesso sesso, consistono nella mancata possibilità per chi è legato tramite il secondo istituto di adottare un bambino o di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita, nonché nella mancata presunzione di genitorialità per i bambini nati "all'interno" dell'unione civile. I decreti attuativi della legge n. 76/2016 affrontano la questione della trascrizione e del riconoscimento dei matrimoni celebrati all'estero tra persone dello stesso sesso, sulla base del principio del c.d. *downgrading* automatico dell'istituto straniero in unione civile di diritto italiano.

Il presente contributo si propone di offrire qualche spunto di riflessione su tale questione, muovendo da due recenti decisioni, precisamente l'ordinanza del tribunale di Perugia del 10 luglio del 2017² e la sentenza resa dalla Corte Edu il 14 dicembre 2017 nel caso *Orlandi e altri c. Italia*³. Le fattispecie oggetto dei due provvedimenti sono in larga parte sovrapponibili, trattandosi in entrambi i casi di coppie formate da cittadini italiani o da un cittadino italiano e un cittadino straniero dello stesso sesso che hanno contratto all'estero matrimonio e successivamente richiesto che il relativo atto fosse trascritto nei registri dello stato civile.

Il provvedimento del tribunale di Perugia appare meritevole di attenzione poiché demarca i confini fra passato e presente, guardando cioè, per un verso, al regime giuridico esistente prima dell'introduzione nel nostro ordinamento della legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso, per altro verso, alla nuova disciplina in vigore. Più precisamente, il giudice umbro dapprima rivolge il suo sguardo al passato per valutare il ricorso presentato da una coppia di italiani contro il rifiuto opposto dall'ufficiale dello stato civile di trascrivere l'atto di matrimonio, concludendo per la legittimità del rifiuto, in quanto al momento dell'emissione del provvedimento impugnato non poteva ritenersi esistente – alla luce della disciplina vigente al tempo – un diritto alla trascrizione nei registri degli atti di matrimonio delle unioni *same-sex* celebrate all'estero. Successivamente, rivolge lo sguardo al presente per valutare la questione di legittimità costituzionale sollevata dai ricorrenti, secondo i quali la nuova disciplina sulle unioni civili, prevedendo che i matrimoni fra persone dello stesso sesso conclusi all'estero vengano "declassati" *ex lege* nell'istituto di diritto interno, determinerebbe un trattamento differenziato a sfavore delle coppie omosessuali rispetto a quelle eterosessuali le quali, a differenza delle prime, possono trascrivere il matrimonio celebrato all'estero come tale⁴. Il "declassamento" del matrimonio *same-sex* in unione civile realizzerebbe, ad opinione dei ricorrenti, una violazione degli artt. 2, 3, 29 e 117 Cost., quest'ultimo sotto il profilo della violazione degli artt. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 14 (divieto di

1 Legge 20 maggio 2016, n. 76, "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze", entrata in vigore il 5 giugno del 2016. In attuazione delle deleghe, contenute rispettivamente all'art. 1, comma 28, lett. a) e c) e all'art. 1, comma 28, lett. b), sono stati adottati il decreto legislativo 19 gennaio 2017 n. 5 che adegua alle disposizioni della l. n. 76/2016 la disciplina vigente in tema di ordinamento dello stato civile, in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni, coordinando con tale legge altri testi normativi e il decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 7 che reca modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato, entrambi entrati in vigore l'11 febbraio 2017. Quest'ultimo strumento ha modificato la legge 31 maggio 1995 n. 218 di riforma del sistema di diritto internazionale privato italiano, introducendo quattro nuove disposizioni all'interno del capo IV del titolo III dedicato ai rapporti di famiglia, nello specifico gli artt. da 32-bis a 32-quinquies e sostituendo l'art. 45 sulle obbligazioni alimentari nella famiglia.

2 Tribunale di Perugia, ordinanza del 10 luglio 2017.

3 Corte Edu, sentenza del 14 dicembre 2017, *Orlandi e altri c. Italia*, ric. nn. 26431/12; 26742/12; 44057/12 e 60088/12.

4 In particolare, le disposizioni oggetto della questione di costituzionalità sono l'art. 134-bis comma 3, lett. a) del R.d. 1238/1939 nella parte in cui prevede che nel registro delle unioni civili debbano trascriversi gli atti di matrimonio tra persone dello stesso sesso avvenuti all'estero; l'art. 1, comma 28 lett. b) della legge n. 76/16 nella parte in cui prevede l'applicazione della disciplina dell'unione civile regolata dalle leggi italiane alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio; l'art. 32-bis della legge 218/1995 nella parte in cui prevede che il matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso produca gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana.

discriminazione) della Cedu. La questione viene risolta dal Tribunale di Perugia in senso negativo, ovvero affermando la manifesta infondatezza della censura di incostituzionalità, sul presupposto secondo il quale il matrimonio tra persone dello stesso sesso non è confrontabile con il matrimonio tradizionale e pertanto non è meritevole di identica disciplina, «pena la violazione del principio di eguaglianza»⁵.

La decisione resa dalla Corte Edu nel caso *Orlandi e altri c. Italia* origina, invece, dall'esame di quattro distinti ricorsi, poi riuniti, proposti da sei coppie formate da persone del medesimo sesso che avevano contratto matrimonio all'estero. I ricorrenti lamentavano come il rifiuto delle autorità di trascrivere i loro matrimoni contratti all'estero e, più in generale, l'impossibilità di ottenere il riconoscimento giuridico del loro rapporto, derivante anche dalla mancanza nell'ordinamento giuridico italiano di una legge sulle unioni fra persone dello stesso sesso, avesse determinato una violazione dei diritti loro conferiti dagli artt. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), 12 (diritto al matrimonio) e 14 (divieto di discriminazione) della Cedu. La Corte Edu ha accolto detti ricorsi, riscontrando una violazione dell'art. 8 della Cedu da parte dello Stato resistente per non avere accordato ai richiedenti alcuna forma di riconoscimento e tutela delle loro unioni, a causa del vuoto giuridico esistente nell'ordinamento italiano.

Nonostante le decisioni in esame assumano come scenario di fondo il regime giuridico esistente prima dell'adozione della legge n. 76/2016 e dei relativi decreti attuativi, queste offrono rilevantissimi spunti di riflessione anche con riferimento alla nuova disciplina in materia di riconoscimento dei matrimoni *same-sex* conclusi all'estero.

2. L'intrascrivibilità dei matrimoni *same-sex* nella disciplina previgente: dalla contrarietà all'ordine pubblico, all'inesistenza e, infine, all'inidoneità del matrimonio concluso all'estero da cittadini italiani

La trascrizione dei matrimoni celebrati all'estero è disciplinata dal D.p.r. n. 396/2000, recante la revisione e semplificazione dell'ordinamento dello stato civile. Tale strumento prevede che, nel caso di matrimonio in cui almeno uno dei due membri della coppia sia cittadino italiano, l'atto formato davanti alle autorità straniere venga comunicato all'autorità consolare italiana nello Stato estero, la quale ha poi il compito di trasmetterlo agli uffici di stato civile del comune competente per la trascrizione e/o annotazione. Nel caso in cui l'atto di matrimonio riguardi una coppia di cittadini stranieri, di cui almeno uno abbia la residenza in Italia, la trascrizione dei registri dello stato civile italiano è, invece, subordinata alla richiesta dell'interessato. Gli atti formati all'estero per essere trascritti devono essere accompagnati da una traduzione, dalla legalizzazione, nel caso questa sia prescritta da parte della competente autorità straniera e non devono, ai sensi dell'art. 18 D.p.r. n. 396/2000, risultare contrari all'ordine pubblico.

La trascrizione non ha natura costitutiva, ma meramente dichiarativa e di pubblicità, nei confronti dei terzi, di una situazione giuridica già prodottasi in altro Stato⁶. La validità dello *status* matrimoniale costituito all'estero non è condizionata dall'osservanza delle norme italiane relative alla trascrizione dell'atto di stato civile straniero. Questa dipende, infatti, dalle norme di diritto internazionale privato⁷,

5 Il fatto che il giudice umbro abbia valutato la censura di incostituzionalità come "manifestamente infondata" e non invece come "irrilevante" lascia, a nostro avviso, presumere che alle medesime conclusioni sarebbe arrivato anche nell'ipotesi in cui avesse esaminato la questione della trascrivibilità dell'atto di matrimonio formato all'estero alla luce della disciplina attualmente vigente. In questo senso, altrettanto indicativo pare il fatto che nel provvedimento venga sottolineato che «anche a seguito dell'entrata in vigore della legge sulle c.d. unioni civili i ricorrenti hanno insistito comunque per l'accoglimento della domanda di trascrizione nel registro degli atti di matrimonio».

6 Sulla natura dichiarativa-probatoria della trascrizione cfr., *ex multis*, Corte di cassazione, sezione VI, sentenza del 18 luglio 2013, n. 17620; Corte di cassazione, sezione I, sentenza del 19 ottobre 1998, n. 10351; Corte di cassazione, sezione I, sentenza del 17 settembre 1993, n. 9578; Corte di cassazione, sezione I, sentenza del 28 aprile 1990, n. 3599.

7 Il principio di immediata rilevanza dei matrimoni celebrati all'estero si ricollega alla diversa questione dell'estensione dei poteri di controllo accordati dal nostro ordinamento agli ufficiali di stato civile. In proposito, una parte della dottrina sostiene che la natura dichiarativa-probatoria della trascrizione implica la mancanza in capo all'ufficiale di stato civile del potere di svolgere valutazioni sulla validità e sull'efficacia dell'atto, dal momento che la trascrizione di un atto nullo non attribuisce allo stesso effetti che altrimenti non avrebbe e, viceversa, la mancata trascrizione dell'atto straniero di per sé non inficia la validità internazionalprivatistica del rapporto giuridico costituito all'estero. Secondo tale tesi, il solo potere/dovere di cui disporrebbe l'ufficiale di stato civile consisterebbe in quello desumibile dall'art. 18 del D.p.r. n. 396/2000, secondo il quale «gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se contrari all'ordine pubblico». Altra parte della dottrina ritiene, di contro,

le quali conferiscono immediata validità e rilevanza nel nostro ordinamento a condizione che il matrimonio risulti celebrato secondo le forme previste dalla legge straniera (principio “*locus regit actum*”), spieghi effetti civili nell’ordinamento dello Stato straniero e sussistano i requisiti sostanziali relativi allo stato e alla capacità delle persone, previsti dalla legge richiamata dalle norme di conflitto italiane⁸. Per quanto avente natura meramente dichiarativa e non costitutiva delle situazioni giuridiche, è tuttavia indubbio che la trascrizione dell’atto di matrimonio contratto all’estero costituisca un utile strumento sia per provare la stabilità della relazione degli interessati sia per ottenere “indirettamente” il riconoscimento in Italia dello *status* matrimoniale acquisito all’estero. Sul piano pratico, inoltre, assai raramente le coppie che hanno contratto matrimonio all’estero si rivolgono alle autorità giurisdizionali per far accertare l’esistenza e la validità del rapporto costituito all’estero. È assai più probabile che la questione dell’esistenza e della validità di tale rapporto possa venire in considerazione all’interno di un procedimento giurisdizionale come questione preliminare, per esempio, allorché uno dei membri di un’unione agisca per far valere i diritti derivanti dallo *status* acquisito all’estero⁹.

La questione della trascrivibilità nei registri dello stato civile dei matrimoni fra persone dello stesso sesso celebrati all’estero si è proposta a più riprese davanti alle autorità giurisdizionali e amministrative italiane che hanno risolto la questione in senso negativo, ricorrendo tuttavia a percorsi argomentativi molto diversi fra loro. Un primo approccio è consistito nel sostenere che il matrimonio *same-sex* non è trascrivibile perché contrario all’ordine pubblico. In tal senso, il Tribunale di Latina, con decreto del 10 giugno del 2005, evidenziava che il matrimonio fra persone dello stesso sesso è inconciliabile con «la storia, la tradizione, la cultura della comunità italiana, secondo una valutazione recepita dal legislatore e trasfusa nelle norme di legge, sia di rango costituzionale sia ordinarie». Tale tesi era peraltro suffragata da alcune circolari del Ministero degli affari interni (precisamente la n. 2 del 26 marzo 2001 e n. 55 del 18 ottobre 2007) che, oltre a rimarcare l’illegittimità delle richieste di trascrizione, quale conseguenza dell’innammissibilità del matrimonio fra persone dello stesso sesso nell’ordinamento italiano, invitavano gli ufficiali dello stato civile a verificare attentamente che i due sposi fossero di sesso diverso. In proposito, si suggeriva agli ufficiali di stato civile di richiedere, in caso di dubbio, agli interessati o al competente consolato idonea documentazione, riguardante l’identità dei coniugi. Tali circolari erano peraltro vincolanti per gli ufficiali di stato civile, in quanto richiamate dall’art. 9 del D.p.r. del 3 novembre 2000 n. 396, rubricato «indirizzo e vigilanza», che recita «l’ufficiale di stato civile è tenuto ad uniformarsi alle istruzioni che vengono impartite dal Ministero dell’Interno».

che la natura dichiarativa-probatoria della trascrizione non impedisce all’ufficiale di stato civile di svolgere una valutazione giuridica, alla stregua delle pertinenti norme di diritto internazionale privato, sulla validità dell’atto di cui si richiede la trascrizione. All’ufficiale di stato civile sono pertanto attribuiti penetranti poteri di accertamento, soggetti soltanto all’eventuale controllo successivo dell’autorità giurisdizionale. Una valutazione negativa circa la trascrivibilità dell’atto precluderebbe, pertanto, il riconoscimento del rapporto giuridico costituito all’estero, che dunque non potrebbe produrre effetti all’interno dell’ordinamento italiano. In adesione alla seconda posizione dottrinale, G. Biagioni, *La trascrizione dei matrimoni same-sex conclusi all’estero nel recente provvedimento del Tribunale di Grosseto*, in questa *Rivista*, 2014, n. 2, pp. 198-199, evidenzia comunque che il ruolo dell’ufficiale di stato civile, con riguardo alle norme di conflitto, è diverso da quello del giudice, nel senso che solo il secondo procede a una reale applicazione di tali norme, mentre il primo tiene conto delle norme di conflitto nell’ambito delle considerazioni che deve svolgere in relazione all’esercizio della sua funzione. Il dibattito è stato ricostruito da G. Puma, *La trascrizione degli atti di matrimonio omosessuale celebrato all’estero alla luce della CEDU*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, p. 395 ss., al quale si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici. Più ampiamente, sull’argomento anche con riferimento alla disciplina precedente alla riforma dell’ordinamento dello Stato civile, v. R. Cafari Panico, *Lo stato civile ed il diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 1992; Id., *Lo straniero e l’ordinamento dello stato civile*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 921 ss.

- 8 Con riferimento ai requisiti sostanziali relativi allo stato e alla capacità delle persone, viene dunque in rilievo il combinato disposto dell’art. 115 c.c., che prevede che il cittadino che intende contrarre matrimonio all’estero è soggetto alle disposizioni contenute nel codice civile relative alle condizioni necessarie per contrarre matrimonio, e dell’art. 27 della legge n. 218/1995, che stabilisce che i requisiti necessari per contrarre matrimonio sono disciplinati dalla legge nazionale di ciascuno dei nubendi. Sul punto occorre però rilevare che l’operatività del rinvio *ex art.* 13 della l. 218/1995 potrebbe in concreto portare a correggere il richiamo alla legge sostanziale applicabile, effettuato in prima battuta dal nostro sistema di conflitto, al fine di tenere conto delle regole di diritto internazionale privato dell’ordinamento richiamato.
- 9 Il contenzioso giudiziario che negli ultimi anni ha interessato il tema della trascrizione del matrimonio fra persone dello stesso sesso concluso all’estero può, peraltro, essere considerato una espressione delle diverse forme di mobilitazione sociale attraverso le quali il movimento LGBT ha promosso il cambiamento. In tal senso, come osservato da B. Pezzini, *I confini di una domanda di giustizia (profili costituzionali della questione della trascrizione del matrimonio same-sex contratto all’estero)*, in questa *Rivista*, 2015, n. 2, p. 77 ss. le richieste di trascrizione avanzate da cittadini sposati all’estero hanno rappresentato l’occasione per rivendicare la dignità personale dei gay e delle lesbiche e per interrogare l’ordinamento interno in merito allo statuto giuridico delle coppie dello stesso sesso sotto il profilo costituzionale. In proposito v. anche F. Rizzi, *Dopo le unioni civili: Davide contro Golia e i percorsi di eguaglianza*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2016.

Un secondo approccio è consistito nel considerare il matrimonio *same-sex* come inesistente, in ragione della mancanza di un requisito essenziale, cioè la diversità di sesso dei nubendi. Secondo tale orientamento, il “principio di tipicità degli atti trascrivibili” impedisce di poter ricondurre l’atto di matrimonio *same-sex* formato all’estero entro la nozione giuridica di “atto di matrimonio”, poiché la diversità di sesso dei nubendi, unitamente al consenso delle parti e alla celebrazione, sono condizioni di esistenza del matrimonio. La mancata indicazione della diversità di sesso dei nubendi fra le condizioni ostative al matrimonio, elencate negli artt. 84, 86, 87, 88 cod. civ., dimostra, infatti, che tale requisito si distingue dai semplici impedimenti, costituendo un vero e proprio presupposto della stessa nozione di matrimonio.

Gli orientamenti appena accennati sono stati superati dalla sentenza della Corte di cassazione del 12 marzo 2012, n. 4184¹⁰, a seguito della presa d’atto della diversa interpretazione che la Corte Edu aveva offerto con riguardo al diritto al matrimonio di cui all’art. 12 Cedu. I giudici di Strasburgo, infatti, a partire dal caso *Schalk e Kopf c. Austria* del 2010 hanno sostenuto come detta disposizione debba essere letta alla luce dell’art. 9 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea che, evitando intenzionalmente il riferimento di genere, lascia scegliere ai singoli Stati se aprire o meno il matrimonio alle coppie formate da persone dello stesso sesso¹¹. L’*overruling* della Corte Edu consentiva quindi alla Corte di cassazione di accantonare il “paradigma” dell’eterosessualità del matrimonio e di attribuire all’istituto coniugale un nuovo e più ampio contenuto, idoneo a includere le coppie formate da persone dello stesso sesso. In conseguenza di tale cambiamento, la Corte, pur concludendo nel senso dell’impossibilità di trascrivere i matrimoni *same-sex*, ha affermato che l’intrascrivibilità non dipende più dalla loro “inesistenza” e neppure dalla loro “invalidità”, bensì dalla loro «inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio appunto, qualsiasi effetto giuridico nell’ordinamento italiano».

La motivazione della Corte di cassazione è apparsa alquanto formale, poiché incentrata sull’argomento secondo il quale la trascrizione prevista dal D.p.r. 396/2000 non può che avere a oggetto un atto di matrimonio quale atto tipico previsto dalla legge italiana che, all’epoca del giudizio, non disciplinava le unioni fra persone dello stesso sesso. L’ambiguità della soluzione non pare sconfessata dalla Corte di Appello di Milano che, nel pronunciarsi in un caso analogo, ha specificato che l’inidoneità va intesa come inefficacia in senso stretto, «non conseguenza di altro vizio, e si propone come reazione dell’ordinamento nei confronti di un negozio di cui si riconosce, in relazione al quadro normativo e giurisprudenziale europeo, la intrinseca validità, oltre che la consistenza sociale, ma i cui effetti vitali sono però preclusi nel nostro paese dalla mancata previsione legislativa».

Il superamento della tesi dell’inesistenza in favore della tesi dell’inidoneità non ha assunto valore unicamente sul piano dell’inquadramento dogmatico. Infatti, com’è stato ben evidenziato dalla dottrina¹², l’inesistenza colpisce, insieme, l’atto e ogni altro aspetto del matrimonio quale istituto di diritto, precludendone la possibilità che qualche effetto giuridicamente apprezzabile possa ricondursi o discendere da tale legame. Diversamente, l’inidoneità riguarda l’atto considerato come tale nella specificità della sua tipologia, lasciando aperta la possibilità che gli effetti che come matrimonio non può produrre siano “recuperati” dall’ordinamento per altra via: attraverso l’applicazione alla coppia *same-sex* coniugata all’estero dello stesso trattamento riconosciuto dall’ordinamento italiano alle coppie eterosessuali coniugate, per riconosciute “omogeneità” delle loro condizioni ai fini della possibilità di vivere liberamente la vita di coppia¹³.

10 In particolare, Corte di cassazione, I sezione civile, sentenza del 15 marzo 2012, n. 4184 che è stata sostanzialmente confermata dalla sentenza del 9 febbraio 2015 n. 2400. La prima delle due decisioni è stata oggetto di numerosissimi commenti, fra i più significativi v. M. Gattuso, “Matrimonio”, “famiglia” e orientamento sessuale, in *Famiglia e diritto*, 2012, p. 678 ss.; B. Pezzini, *Un paradigma incrinato: la faticosa rielaborazione di categorie concettuali tra le sentenze della Corte Costituzionale 138/2010 e della Corte di cassazione 4184/2012*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.formuncostituzionale.it, 2012; A. Schuster, *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, ivi, 10 aprile 2012; I. Massa Pinto, “Fiat matrimonio!” *L’unione omosessuale all’incrocio del dialogo tra Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell’uomo e Corte di cassazione: può una sentenza della Corte di cassazione attribuire a (un inciso di) una sentenza della Corte europea il potere di scardinare “una consolidata ed ultramillenaria tradizione” (superando anche il giudicato costituzionale)?*, in www.rivistaaic.it, 4.4.2012.

11 Corte edu, decisione del 24 giugno 2010, ric. n. 30141/04, *Schalk and Kopf v. Austria*, par. 62. Sulla decisione cfr. C. Ragni, *La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Schalk e Kopf*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 4, n. 3, 2010, p. 639 ss.; L. Magi, *La Corte europea dei diritti dell’uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio fra individui dello stesso sesso*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2011, pp. 397-399.

12 B. Pezzini, *Un paradigma incrinato*, cit., pp.15-17.

13 Interrogandosi a proposito delle tecniche internazionalprivatistiche che possono venire in considerazione per affrontare la questione, la dottrina aveva prospettato la possibilità di accordare efficacia alle unioni fra persone dello stesso sesso concluse all’estero ogniquale volta la questione del riconoscimento emergesse a titolo di questione preliminare, ricorrendo alla soluzione congiunta alle questioni preliminari, cioè valutando la validità dell’unione nella prospettiva dell’ordinamento richiamato per la soluzione della questione principale. In proposito v., in particolare, N. Boschiero, *Les couples homosexuelles à l’épreuve*

La decisione della Corte di cassazione, per quanto innovativa, non scioglieva alcuni nodi che rendevano in concreto la questione della trascrizione dei matrimoni *same-sex* alquanto incerta, soprattutto con riguardo alle coppie formate da cittadini stranieri e alla contrarietà o meno di tale istituto all'ordine pubblico¹⁴. Per tale motivo la giurisprudenza successiva di merito assumeva orientamenti contraddittori, negando o ammettendo la trascrizione del matrimonio *same-sex* sulla base di argomenti spesso inconciliabili con gli approdi della giurisprudenza di legittimità¹⁵.

du droit international privé italien, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, 50-132, in part. 63 ss. In linea con quanto auspicato dalla dottrina, la rilevanza delle unioni *same-sex* concluse all'estero è stata affermata in alcune decisioni relative a fattispecie, a vario titolo, legate alla materia d'immigrazione, in cui l'esistenza del matrimonio fra persone dello stesso sesso costituiva un passaggio indispensabile nell'iter logico che il giudice doveva seguire per giungere alla decisione del caso sottoposto al suo esame. In particolare, in un caso del 2011 la Corte di cassazione penale (Corte di cassazione, I sezione penale, sentenza del 19 gennaio 2011, n. 1328, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2012, 1, 198) ha annullato la sentenza del giudice di pace di Mestre che aveva ignorato lo status di coniuge, acquisito da un cittadino extracomunitario in Spagna a seguito della conclusione di matrimonio con un partner dello stesso sesso, invitando il giudice del rinvio a «verificare se, sulla base della legislazione interna dello stato membro (nel quale il matrimonio risulta celebrato) l'unione in parola sia qualificabile – o equiparabile – a rapporto di coniugio» al fine di valutare la sussistenza del reato di soggiorno illegale nel territorio italiano. Con il decreto del 13 febbraio 2012 il Tribunale di Reggio Emilia ha inoltre annullato il provvedimento della questura locale che rigettava la richiesta di soggiorno di un cittadino uruguayano, nonostante questi avesse documentato l'esistenza di un matrimonio celebrato in Spagna con un cittadino italiano. In tale decisione il tribunale emiliano ha sostenuto che la questione della riconducibilità della figura del coniuge dello stesso sesso entro la nozione di "familiare", ai sensi dell'art. 2, lett. b) del decreto legislativo n. 30/2007, attuativo della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, non doveva essere ricostruita sulla base della normativa italiana, bensì su quella del paese di costituzione dello status. Il fatto che la disciplina sul diritto di soggiorno fosse di derivazione comunitaria, secondo il Tribunale, imponeva infatti che la stessa venisse applicata in conformità del principio di non discriminazione, di cui all'art. 21 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, e in funzione della realizzazione della libertà di circolazione dei cittadini europei all'interno dell'Unione. Tale ultima decisione è pubblicata in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, p. 588 ss. con nota D. Ferrari, D. Fiorato, *Lo status giuridico delle coppie omosessuali. Il diritto alla vita familiare in due recenti pronunce*, 615 ss.; per ulteriori commenti cfr. M. Meli, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso: l'incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, II, p. 451 ss.; F. Mosconi, C. Campiglio, *Il riconoscimento del matrimonio omosessuale alla luce di recenti pronunce*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2012, p. 73 ss.

- 14 Per tale motivo anche la tesi dell'inidoneità è stata oggetto di numerose critiche, in particolare: M. Winkler, *I matrimoni same-sex stranieri di fronte alla Cassazione*, in *Int'l Lis*, 2012, n. 1, pp. 7-8, evidenzia come tale categoria consenta di «non entrare nel merito del problema, irto di difficoltà, della compatibilità del matrimonio *same-sex* con l'ordine pubblico»; A. Schuster, *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze*, cit., p. 24, sostiene che la tesi dell'idoneità non appare appropriata per giustificare la validità di un atto amministrativo, in quanto risulta eterogenea rispetto alla questione del rigetto dell'istanza di trascrizione, risultando vittima del suo nome, non essendo, infatti, «idonea a costituire quel filtro necessario a chi intende tenere il matrimonio fra persone dello stesso genere fuori dai confini nazionali, senza tuttavia venir meno al rispetto degli obblighi comunitari e più ampiamente internazionali»; F. Marongiu Buonaiuti, *Il riconoscimento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso secondo un provvedimento recente del Tribunale di Grosseto*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, p. 403 ss. rileva, infine, che «l'inidoneità a produrre effetti per l'ordinamento del foro è precisamente la situazione giuridica nella quale versano, secondo le categorie giuridiche proprie del diritto internazionale privato, gli atti o le sottostanti situazioni giuridiche costituite all'estero incompatibili con l'ordine pubblico dello Stato del foro».
- 15 In senso conforme, Corte d'appello di Milano, sentenza del 13 marzo/6 novembre 2015, n. 2286, sentenza del 16 ottobre 2015, Tribunale di Pesaro, decreto del 21 ottobre 2014, Tribunale di Treviso, decreto del 19 maggio 2010. L'eccezione più nota alla tesi dell'intrascrivibilità del matrimonio *same-sex* è sicuramente rappresentata dal decreto del 26 febbraio 2015 del Tribunale di Grosseto che, a seguito di un ricorso in riassunzione, ha confermato la sua precedente ordinanza del 9 aprile del 2014 con la quale era stata affermata la legittimità della trascrizione in Italia di un matrimonio *same-sex* celebrato all'estero, ordinanza che era stata dichiarata nulla dalla Corte di appello di Firenze. Nella decisione del 2015 il Tribunale di Grosseto sottolinea che «l'intrascrivibilità degli atti stranieri costituisce un'eccezione e che, dunque, non può che essere interpretata restrittivamente, in particolar modo quando gli atti o i provvedimenti incidano sullo status o sulla capacità delle persone, stante la necessità di garantire la più ampia circolazione degli stessi al di là dei confini entro i quali sono stati formati i relativi atti o provvedimenti». Con riguardo alla prima decisione del Tribunale di Grosseto che, invero, ha sollevato numerose critiche soprattutto in relazione all'individuazione del diritto ritenuto pertinente al fine della soluzione del caso, cfr. M. M. Winkler, *Matrimonio same-sex straniero e trascrizione in Italia: la "terza via" del Tribunale di Grosseto*, in *Pluris*, 11 aprile 2014, 2; G. Biagioni, *La trascrizione dei matrimoni same-sex*, cit., p. 195 ss.; F. Marongiu Buonaiuti, *Il riconoscimento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso*, cit., p. 403 ss. Tutte le decisioni citate sono pubblicate in *Articolo29*, www.articolo29.it.

3. L'erronea sovrapposizione fra il diritto ad accedere allo *status* matrimoniale e il diritto a ottenere la trascrizione dell'atto di matrimonio straniero, nell'ordinanza del Tribunale di Perugia

Nel quadro appena descritto si colloca la decisione del tribunale di Perugia che afferma la legittimità del rifiuto dell'ufficiale dello stato civile alla trascrizione dell'atto di matrimonio formato all'estero riguardante due cittadini italiani. Il giudice umbro "riesuma" la tesi dell'inesistenza, sostenendo che il matrimonio *same-sex* è inidoneo a costituire tra le parti lo *status* giuridico proprio delle persone coniugate (con i diritti e gli obblighi connessi) perché privo dell'indefettibile condizione della diversità di sesso dei nubendi, condizione che nel quadro del nostro ordinamento si configura quale presupposto implicito ed essenziale dell'atto di matrimonio¹⁶. Le conclusioni rese dal Tribunale di Perugia sono la combinazione di due argomenti, fra loro collegati: la mancanza nell'ordinamento di una disciplina materiale sulle unioni fra persone dello stesso sesso e l'insussistenza di un obbligo, anche di derivazione sovranazionale, di "aprire" il matrimonio alle coppie *same-sex*.

In relazione a tale ultimo argomento, appare curioso che il Tribunale di Perugia invochi la medesima giurisprudenza sovranazionale impiegata dalla Corte di cassazione per giungere al superamento della tesi dell'inesistenza. In particolare, il giudice umbro focalizza la propria attenzione sulla parte della sentenza *Schalk e Kopf* che riconosce agli Stati nazionali un ampio margine di discrezionalità per valutare se riformare il matrimonio tradizionale in senso *gender-neutral*, senza dare il giusto rilievo al fatto che proprio sulla base di detta sentenza la Corte di cassazione ha considerata radicalmente superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi rappresenta il presupposto indefettibile della stessa esistenza del matrimonio.

In relazione al primo argomento, invece, sembra potersi affermare che il giudice umbro muove da un'inadeguata messa a fuoco dell'oggetto della domanda giudiziale, nella misura in cui sovrappone il diritto per le coppie *same-sex* di accedere allo *status* matrimoniale all'interno del territorio nazionale e il diritto a ottenere la trascrizione dell'atto di matrimonio formato all'estero. La prima pretesa è riconducibile alla questione della costituzione dello *status*, rispetto alla quale emerge la necessità di accertare che siano state rispettate le condizioni previste per l'accesso a detto *status*. La seconda è, invece, collegata alla questione del riconoscimento delle situazioni giuridiche validamente sorte all'estero, che consiste nel determinare se, a quali condizioni e in che misura, ammettere che tali situazioni possano produrre effetti all'interno dell'ordinamento del foro. Le due questioni sono, dunque, tutt'altro che coincidenti, posto che nella prima ipotesi le nostre autorità si trovano di fronte ad una mera possibilità, mentre nella seconda ipotesi si trovano di fronte a un fatto già realizzato (sia pure nell'ambito dell'ordinamento straniero), nonché alla prospettiva di determinare, in caso di mancato riconoscimento, una difformità di *status* nei due diversi ordinamenti interessati. Per tale motivo, la dottrina ritiene che in linea di massima riconoscere uno *status* costituito all'estero, sulla base della legge regolatrice del rapporto, sia meno grave rispetto a costituire rapporti giuridici *ex novo* in Italia.

Tali premesse portano il giudice di Perugia, da un lato, ad attribuire eccessiva centralità alla giurisprudenza della Corte Edu che si riferisce al diritto fondamentale di contrarre matrimonio e, dall'altro, a trascurare del tutto i risultati cui era giunta la medesima giurisprudenza con riguardo alla questione della c.d. continuità transnazionale degli *status* familiari validamente acquisiti in un ordinamento straniero¹⁷. A prescindere da tale ultimo rilievo – su cui si tornerà in seguito – non pare potersi escludere,

16 Il Tribunale di Perugia pare trarre ispirazione dalla decisione del Consiglio di Stato del 26 ottobre 2015 n. 4899, avente a oggetto la legittimità della trascrizione dei matrimoni fra persone dello stesso sesso disposta da alcuni sindaci e la legittimità dei provvedimenti di cancellazione disposti dai prefetti in applicazione della circolare del Ministro degli interni del 7 ottobre 2014, n. 40 (nota come circolare Alfano). Con tale atto, infatti, il Ministero aveva invitato i Sindaci a ritirare le direttive sindacali che ordinavano di trascrivere i matrimoni e a cancellare le trascrizioni già effettuate, avvertendoli che, in caso di inottemperanza, si sarebbe proceduto con l'annullamento d'ufficio degli atti illegittimamente adottati. Per un esame critico della decisione cfr. O. Lopes Pegna, *Effetti in Italia del matrimonio fra persone dello stesso sesso celebrato all'estero: solo una questione di ri-qualificazione?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, 1, pp. 98-102; G. Puma, *La trascrizione degli atti di matrimonio omosessuale*, cit., p. 395 ss.; M. Winkler, G. Noto La Diega, *La trascrizione del matrimonio omosessuale celebrato all'estero*, in A. Cagnazzo e F. Preite (a cura di), *Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all'estero*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 377-407.

17 Tale critica è efficacemente sviluppata da G. Puma, *La trascrizione degli atti di matrimonio omosessuale*, cit., p. 395 ss. con riferimento alla decisione del Consiglio di Stato del 26 ottobre 2015 n. 4899. L'autore al riguardo evidenzia che detta sentenza opera «una arbitraria semplificazione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (in particolare, della sentenza *Oliari*) e, soprattutto, trascura, della stessa giurisprudenza, la parte più rilevante ai fini della trascrivibilità dei matrimoni omosessuali, vale a dire quella incentrata sulla c.d. continuità transnazionale degli *status* familiari validamente acquisiti in un ordinamento straniero. Una più attenta valutazione di questa casistica avrebbe dovuto condurre i giudici di Palazzo

almeno in linea teorica, la possibilità di attribuire efficacia ad atti o decisioni stranieri collegati con istituti che sono sconosciuti all'ordinamento del foro.

Guardando agli ordinamenti stranieri, è possibile rilevare come il riconoscimento del matrimonio *same-sex* non sia necessariamente legato all'esistenza della relativa disciplina sostanziale. In Israele, ad esempio, la Suprema Corte del 21 novembre 2006, in un caso che originava dal rifiuto dell'amministrazione di trascrivere l'atto di matrimonio di cinque coppie formate da persone dello stesso sesso, ha sostenuto che il divieto di sposarsi nel territorio nazionale non preclude la possibilità di trascrivere i matrimoni omosessuali celebrati all'estero¹⁸. In detta decisione i giudici israeliani, in linea con la precedente giurisprudenza, hanno sostenuto che la registrazione di atto di matrimonio formato all'estero è una mera procedura amministrativa e che l'ufficiale dello stato civile, svolgendo una funzione di raccolta di dati a fini statistici, non può valutare la capacità degli individui di sposarsi. Tale argomento ha portato la dottrina a ritenere che il riconoscimento fosse circoscritto all'atto di matrimonio senza interessare lo *status* validamente costituito nell'ambito dell'ordinamento straniero¹⁹. La decisione ha tuttavia avuto ulteriori sviluppi, poiché una delle cinque coppie omosessuali, oltre ad avere potuto beneficiare, al pari delle altre coppie, dei vantaggi previdenziali, fiscali e in materia di immigrazione attribuiti generalmente alle coppie sposate all'interno del territorio di Israele, ha ottenuto il divorzio e la trascrizione del nuovo *status* acquisito in conseguenza dello scioglimento del vincolo coniugale²⁰. Tale risultato è stato conseguito a seguito della decisione della *Family Court* di Ramat Gan che ha convalidato l'accordo di divorzio della coppia, affermando che, a seguito della registrazione del matrimonio ordinata dalla Corte Suprema, non è legittimo obbligare gli interessati, che hanno deciso di porre fine al loro matrimonio, a rimanere uniti²¹.

Prima del 1970 nell'ambito del nostro ordinamento, la mancata previsione dell'istituto del divorzio non impediva la delibazione di sentenze estere di divorzio fra stranieri. Con riferimento alle sentenze estere di scioglimento del matrimonio civile che interessavano coppie di italiani o miste (cioè composte da un italiano e uno straniero) l'orientamento della giurisprudenza andava nella direzione dell'impossibilità della delibazione, in quanto in materia di stato, capacità delle persone e rapporti di famiglia si seguiva il principio della nazionalità che portava all'applicazione della legge italiana secondo la quale il matrimonio era un vincolo indissolubile del matrimonio²². L'inesistenza del divorzio nell'ordinamento

Spada ad esaminare le caratteristiche specifiche del caso in questione e la *eventuale* riconducibilità dello stesso entro l'ambito di applicazione dell'art. 8 CEDU, nella parte in cui questa disposizione tutela il diritto alla continuità dello *status* familiare». In senso analogo, M. Winkler, G. Noto La Diega, *La trascrizione del matrimonio omosessuale celebrato all'estero*, cit., pp. 386-388.

- 18 HCJ 3045/05 *Ben-Ari c. Director of Population Administration*, IsrLR 283 [2006]. L'ordinamento israeliano prevede peraltro limitazioni anche con riguardo al matrimonio fra persone di sesso opposto, non ammettendo il matrimonio civile, ma unicamente i matrimoni religiosi che vengono di norma celebrati solo sotto gli auspici della comunità religiosa a cui appartengono i nubendi, con esclusione delle coppie interreligiose. Per un ampio commento della decisione, v. Y. Merin, *Anglo-American Choice of Law and the Recognition of Foreign Same-Sex Marriages in Israel – On Religious Norms and Secular Reforms*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2011, 509 ss. L'autore, a proposito delle tecniche internazionalprivatistiche impiegate dalla giurisprudenza per riconoscere i matrimoni celebrati all'estero evidenzia che «*The Israeli Supreme Court has utilized over the years two mechanisms in order to accord some of the rights of marriage to couples ineligible for religious marriage in Israel who performed a civil marriage ceremony abroad – the registration mechanism and the “marriage incidents” approach – but to date, the Court has refrained from ruling on the validity of those marriages*».
- 19 Al punto 252 della decisione la Corte Suprema afferma, infatti, che «*[T]he question of the validity of the ceremony that took place is a multifaceted one and examining the validity of the marriage falls outside the scope of the Population Registry*».
- 20 Su tale decisione v. A. Paz-Fuchs, *The Ironies of Gay Divorce in Israel*, alla pagina <http://ohrh.law.ox.ac.uk/the-ironies-of-gay-divorce-in-israel/>. Nell'articolo si sottolinea che la decisione ha destato molto interesse anche al di fuori dello Stato di Israele poiché è la prima volta che un tribunale civile in Israele ha convalidato un divorzio.
- 21 Anche sul piano dei conflitti intra-statali in diversi ordinamenti giuridici si è seguito il medesimo approccio. In Messico, ad esempio, i diritti accordati dalla legge di uno Stato federato che ammette il matrimonio dello stesso sesso sono riconosciuti anche negli Stati messicani che vietano il matrimonio fra persone dello stesso sesso sulla base dell'art. 121 della Costituzione della Federazione del Messico la quale prevede che «*Complete faith and credence shall be given in each State of the Federation to the public acts, registries, and judicial proceedings of all the others*». Sulla questione, v. J. M. Cabrales Lucio, *Same-sex Couples Before Courts in Mexico, Central and South America*, in D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino (eds.), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2014, pp. 93-125, spec. p. 103.
- 22 Sull'argomento E. Vitta, *Diritto Internazionale privato*, vol. 2, Torino, 1973, pp. 321-337; N. Boschiero, *Cause di divorzio e delibazione di sentenze straniere: orientamenti della giurisprudenza dal 1970 ad oggi*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1983, pp. 508-561. Peraltro sulla questione v. R. Quadri, *Sul riconoscimento e sull'esecutorietà in Italia delle sentenze estere di divorzio fra stranieri*, in *Studi critici di diritto internazionale. Diritto internazionale privato*, vol. 1, 1958, p. 217 (già pubblicato in *Giurisprudenza Comparata di Diritto Internazionale Privato*, vol. III, 1938) sottolineava come l'argomento adottato dalla giurisprudenza e dalla dottrina maggioritaria, per affermare l'impossibilità di delibare le sentenze straniere di divorzio che interessavano

italiano non dispensava tuttavia il giudice dalla necessità di qualificare la fattispecie e di individuare la tecnica internazionalprivatistica da impiegare al fine di valutare se il divorzio pronunciato all'estero potesse produrre o meno effetti per l'ordinamento italiano²³.

Diversamente, il ragionamento svolto dal Tribunale di Perugia pare prescindere dall'operazione di qualificazione e dall'individuazione della legge applicabile alla fattispecie dedotta in giudizio. Sul piano pratico, nel caso si qualificasse la fattispecie entro la categoria "matrimonio", eventualità tutt'altro che pacifica, la soluzione non sarebbe diversa giacché la norma di conflitto che verrebbe in considerazione sarebbe l'art. 27 della legge n. 218/1995 che richiama la legge nazionale di ciascun nubendo al tempo del matrimonio, per la valutazione, fra l'altro, della capacità matrimoniale²⁴. A conclusioni diverse si giungerebbe, invece, nell'ipotesi in cui lo Stato di cittadinanza dei due coniugi ammettesse i matrimoni fra persone dello stesso sesso. In tale senso, la Corte di appello di Napoli, in un caso che originava dall'opposizione avverso il provvedimento di rifiuto alla trascrizione di un matrimonio celebrato in Francia da due cittadine francesi, ha risolto la questione in senso favorevole alle opposenti, ritenendo valido il vincolo matrimoniale in applicazione della legge nazionale dei coniugi. Nella decisione il giudice campano non ha quindi accordato rilievo al fatto che, al tempo della decisione, mancasse nel nostro ordinamento una disciplina sulle unioni fra persone dello stesso sesso²⁵.

La questione appena affrontata non è di poco conto poiché rischia di riflettersi sull'attuale assetto normativo, contraddistinto dall'esistenza di una disciplina delle unioni civili destinata – tanto sul piano del diritto materiale quanto su quello di diritto internazionale privato – esclusivamente alle coppie formate da persone dello stesso sesso. I legislatori di alcuni paesi che hanno introdotto all'interno del loro ordinamento le unioni civili si sono mossi, tuttavia, sia nell'ottica di rimuovere le disuguaglianze fra coppie eterosessuali e omosessuali sia nell'ottica di diversificare i "modelli" familiari, dando vita ad un istituto accessibile alle coppie formate da persone dello stesso sesso e alle coppie formate da persone di sesso differente²⁶. Per questo motivo, le autorità amministrative e giurisdizionali italiane possono essere chiamate a confrontarsi con richieste di trascrizione e di riconoscimento di unioni civili provenienti da coppie formate da persone di sesso opposto.

In tale eventualità, negare il riconoscimento in ragione del "carattere omosessuale" dell'unione civile non appare una soluzione soddisfacente. Sarebbe, invece, preferibile ricondurre tale fattispecie nell'alveo di applicazione delle norme di conflitto italiane che regolano l'unione civile, cioè l'art. 32-ter sull'unione civile tra persone maggiorenni dello stesso sesso e l'art. 32-quinques della l. 218/1995 sull'unione civile costituita all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso. In particolare, la prima delle due disposizioni, al comma 1, prevede che la capacità dei partner e le altre condizioni per costituire

cittadini italiani, non fosse valido perché la norma di conflitto poteva valere soltanto nei confronti dei giudici italiani del procedimento ordinario e non in sede di deliberazione. Pertanto, risultava più corretto fondare il diniego di riconoscimento sulla contrarietà delle sentenze straniere all'ordine pubblico internazionale.

- 23 La questione della "qualificazione di istituzioni sconosciute" è ben nota alla dottrina internazionalprivatistica che in proposito ha evidenziato come la soluzione al problema non consista nel mettere a confronto le istituzioni straniere con quelle locali, bensì nel qualificare i fatti in giudizio al fine di farli rientrare nelle nostre norme di conflitto, atteso che il "carattere inclusivo" delle categorie utilizzate dalle norme di diritto internazionale privato rende possibile, in linea di massima, ricondurre la fattispecie entro una norma di conflitto. Sull'argomento v. E. Vitta, F. Mosconi, *Corso di diritto internazionale privato e processuale*, IV ed., Torino, Utet, 1991, pp. 153-154.
- 24 L'inquadramento giuridico delle unioni fra persone dello stesso sesso, ai fini dell'individuazione della norma di conflitto pertinente, è stato assai dibattuto dalla dottrina. Sul tema cfr. G. Rossolillo, *Registered partnership e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003, p. 363 ss.; S. Tonolo, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007, 22 ss.; G. Biagioni, *La trascrizione dei matrimoni same-sex*, cit., p. 205 ss.; O. Lopes Pegna, *Effetti in Italia del matrimonio fra persone dello stesso sesso celebrato all'estero*, cit., pp. 98-102. Sull'argomento ci permettiamo peraltro di rinviare al nostro L. Scaffidi Runchella, *Il riconoscimento delle unioni same-sex nel diritto internazionale privato italiano*, Napoli, Jovene, 2012, pp. 250-277;
- 25 Corte d'appello di Napoli, decreto 13 marzo 2015, disponibile in *Articolo29*, www.articolo29.it. Sulla decisione v. M. Di Monte, *La corte d'appello di Napoli sulla trascrizione del matrimonio same-sex: il richiamo al criterio della cittadinanza per colmare il vuoto normativo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015, pp. 1289-1294, la quale rileva l'errore del giudice campano, derivante dall'aver ignorato che una delle ricorrenti avesse anche la cittadinanza italiana. Tale circostanza avrebbe determinato, ai sensi dell'art. 19, comma 2, della legge n. 218/1995, la prevalenza della cittadinanza italiana su quella francese e, di conseguenza, avrebbe dovuto indurre il giudice a considerare una delle due ricorrenti priva di capacità matrimoniale, in applicazione del diritto italiano. La sentenza è divenuta definitiva a seguito della sentenza della Corte di cassazione, I sez. civ., 31 gennaio 2017, n. 2487 che ha dichiarato improcedibile il ricorso proposto dal sindaco del comune che aveva negato la trascrizione.
- 26 Fra gli Stati che hanno adottato un modello di *partnership* registrata aperta sia alle coppie dello stesso sesso sia alle coppie di sesso diverso si possono annoverare, ad esempio, il Belgio (*cohabitation légale*), i Paesi Bassi (*geregistreerd partnerschap*), la Francia (*pacte civil de solidarité*).

unione civile sono regolate dalla legge nazionale di ciascuna parte al momento della costituzione dell'unione civile. Tale norma, anche se sembra formulata nella prospettiva di un'unione civile non ancora formalizzata, richiama anche il diritto alla luce del quale occorre valutare *ex post* la validità di un'unione già registrata²⁷. L'applicazione di questa norma porterebbe a garantire il riconoscimento dell'unione civile almeno in tutte quelle ipotesi in cui entrambi i membri della coppia siano cittadini di uno Stato che ammette le unioni civili fra persone di sesso opposto.

Nell'ipotesi in cui almeno uno dei due membri della coppia sia cittadino di uno Stato che non disciplina le unioni civili fra persone di sesso diverso come, ad esempio, l'Italia, la questione risulta più complessa perché il criterio di collegamento della nazionalità porterebbe a negare il riconoscimento e la trascrizione dell'unione. Sebbene il secondo periodo dell'art. 32-ter, comma 1 contenga una norma di diritto internazionale privato materiale volta a favorire il riconoscimento delle unioni civili, tale disposizione sembra in grado di garantire la stabilità delle sole unioni civili fra persone dello stesso sesso. Tale differenza di trattamento fra coppie eterosessuali e coppie omosessuali è motivata dal fatto che mentre le prime hanno la possibilità di scegliere fra l'unione civile e matrimonio, le seconde generalmente hanno a disposizione soltanto una delle due opzioni.

4. La condanna dell'Italia da parte della Corte Edu per la mancata trascrizione dei matrimoni *same-sex* conclusi all'estero nel caso *Orlandi e altri c. Italia*

Anteriormente alla decisione resa sul caso *Orlandi ed altri c. Italia*, la Corte Edu non ha mai avuto occasione di prendere posizione sulla questione del riconoscimento del matrimonio fra persone dello stesso sesso concluso all'estero. I giudici di Strasburgo si sono però occupati della situazione esistente in Italia prima dell'adozione della legge sulle unioni civili nel caso *Oliari e altri c. Italia*, affrontando la questione esclusivamente dal punto di vista del diritto interno, cioè per valutare se l'impossibilità di contrarre matrimonio per le coppie formate da persone dello stesso sesso fosse compatibile con gli artt. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 12 (diritto al matrimonio) della Cedu. Nella sentenza *Oliari* la Corte di Strasburgo ha stabilito che la mancanza nell'ordinamento italiano di una disciplina di portata generale, finalizzata a riconoscere e tutelare le unioni fra persone dello stesso sesso, ha determinato una violazione dell'obbligo positivo di rendere effettivo il diritto al rispetto della vita familiare, deducibile dall'art. 8 della Cedu²⁸. La decisione ha tuttavia accordato al legislatore nazionale uno spazio di discrezionalità per individuare, fra le diverse forme di riconoscimento, quella più appropriata per il contesto italiano.

Sebbene la sentenza *Oliari* rappresenti una tappa storica nel cammino delle coppie *same-sex* verso l'affermazione dei loro diritti, i dubbi concernenti la configurabilità di un obbligo di riconoscimento dei matrimoni *same-sex* conclusi all'estero sono rimasti immutati. Il riconoscimento dello *status* matrimoniale costituito all'estero, secondo parte della dottrina, poteva affermarsi proprio sulla base del diritto alla protezione della vita privata e familiare di cui all'art. 8 Cedu. Secondo tale orientamento da tale disposizione è possibile trarre un obbligo gravante sugli Stati parti della Cedu di riconoscere "direttamente" gli *status* personali e familiari validamente costituiti all'estero, in deroga alle norme di diritto

27 La verifica riguardante il rispetto delle condizioni sostanziali, ovvero la capacità di contrarre l'unione civile, l'assenza di impedimenti e le condizioni di validità del consenso va condotta disgiuntamente in riferimento ai requisiti che riguardano ciascuno dei due partner (l'età, le condizioni relative al consenso, all'attitudine fisica, all'autorizzazione di parenti) e cumulativamente in riferimento ai requisiti che si riferiscono a circostanze relative alla persona dell'altro *partner* o di entrambi (rapporti di parentela etc.). La legge in concreto applicabile potrebbe però essere diversa da quella designata dal criterio di collegamento per l'operatività del rinvio ex art. 13 della l. n. 218/1995.

28 Corte Edu, sentenza del 21 luglio 2015, *Oliari e a. c. Italia*, ricorsi nn. 18766/11 e 36030/11. Il caso originava dall'esame di due distinti ricorsi, i cui ricorrenti lamentavano che l'impossibilità di sposarsi nell'ordinamento italiano, correlata all'inesistenza di una legge sulle unioni civili, fosse in violazione della Convenzione EDU, più precisamente dell'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), dell'art. 12 (diritto al matrimonio) e dell'art. 8 in combinato disposto con l'art. 14 (divieto di discriminazione). Sulla decisione cfr. E. Crivelli, *Oliari e altri c. Italia: la Corte di Strasburgo condanna l'immobilità del legislatore italiano nel riconoscimento delle unioni omosessuali*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, 4, p. 1036 ss.; A. Ceserani, *Il caso «Oliari» avanti la Corte di Strasburgo e la condizione delle coppie «same-sex» in Italia: brevi riflessioni*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2015, pp. 785-802; D. Rudan, *L'obbligo di disporre il riconoscimento giuridico delle coppie dello stesso sesso*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 190 ss., nonché il nostro L. Scaffidi Runchella, *Ultreya coppie same-sex! La Corte europea dei diritti umani sul caso Oliari e altri v. Italia*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 3 agosto 2015.

internazionale privato nazionali, nell'ipotesi in cui l'applicazione di queste ultime conduca a un esito incompatibile con il diritto al rispetto della vita privata e familiare²⁹.

Tale convincimento è legato ad alcune decisioni in cui la Corte di Strasburgo aveva affermato la prevalenza dell'esigenza di continuità degli *status* familiari costituiti all'estero sul contenuto dei sistemi di diritto internazionale privato e processuale dello Stato resistente in giudizio. In particolare, nei casi *Wagner* del 2007 e *Negropontis* del 2011, la Corte Edu si è occupata del riconoscimento dello *status* di figlio adottivo e ha stabilito che rispettivamente il Lussemburgo e la Grecia avevano violato l'art. 8 della Cedu, rifiutando di riconoscere il provvedimento di adozione emesso all'estero sulla base di presupposti non contemplati dallo Stato chiamato a pronunciarsi sul riconoscimento³⁰. Analogamente, nei casi *Mennesson* e *Labassés* del 2014 la Corte di Strasburgo, occupandosi del riconoscimento del rapporto genitore-figlio costituito all'estero a seguito di accordo di c.d. "maternità surrogata", ha accertato la violazione da parte della Francia dell'art. 8 della Cedu in quanto il rifiuto delle autorità francesi di trascrivere nei registri dello stato civile gli atti di nascita, motivato sulla base del divieto esistente con riguardo alla pratica di maternità surrogata, incideva negativamente sull'identità dei figli³¹. Secondo la

29 In tal senso, cfr. A. Bucher, *La famille en droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 2000, vol. 283, p. 101; R. Baratta, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, vol. 348, 2010, p. 253 ss.

30 Il caso *Wagner* (Corte Edu, sentenza del 28 giugno 2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, ric. 76240/01) originava dalla richiesta di riconoscere un provvedimento di adozione di un minore peruviano da parte di una donna non sposata, finalizzata a ottenere la trascrizione dello *status* giuridico acquisito nel relativo registro dello stato civile, nonché l'attribuzione della cittadinanza. L'adozione era stata pronunciata in Perù e le autorità del Lussemburgo avevano rifiutato di riconoscere detto provvedimento in quanto la madre adottiva era una cittadina del Lussemburgo e il diritto sostanziale in Lussemburgo (reso applicabile sulla base del richiamo delle norme di diritto internazionale privato che impiegavano il criterio della nazionalità dell'adottante) vietava l'adozione *piena* da parte di una donna non sposata.

Il caso *Negrepontis* (Corte Edu, sentenza del 3 maggio 2011, *Negrepontis c. Grecia*, ric. n. 56759/08), originava dal mancato riconoscimento di un provvedimento di adozione di maggiorenne (sig. Giannisis) pronunciata nello Stato del Michigan (Stati Uniti) a favore di un vescovo della chiesa cristiana ortodossa orientale (sig. Negrepontis). La richiesta del riconoscimento del provvedimento di adozione era stata avanzata dall'adottato alla morte dell'adottante, nel quadro di una controversia che lo contrapponeva ai fratelli del *de cuius* con riguardo alla possibilità per il sig. Giannisis di portare il nome di famiglia e di ereditare i beni del defunto. Le autorità giudiziarie greche, compresa la Corte Suprema, avevano escluso il riconoscimento del provvedimento statunitense perché contrario all'ordine pubblico, in ragione del fatto che in Grecia alcuni atti, fra cui l'adozione, erano vietati ai preti da una antica norma ecclesiastica. I giudici di Strasburgo hanno reputato il diniego di riconoscimento in violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare, ritenendolo una misura sproporzionata e non giustificata da un bisogno sociale imperativo. Sul caso *Wagner v.*, tra gli altri, v. P. Pirrone, *Limiti e "controlimiti" alla circolazione dei giudicati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Wagner*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 151 ss.; sul caso *Negrepontis v. P. Franzina*, *Some remarks on the relevance of Article 8 of the ECHR to the recognition of family status judicially created abroad*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 609 ss.

31 I fatti che hanno dato origine alle due pronunce sono in larga misura analoghi. I ricorrenti, marito e moglie di nazionalità francese, non potendo portare a termine una gravidanza tradizionale, avevano deciso di ricorrere negli Stati Uniti a una tecnica di procreazione medicalmente assistita, consistente nella formazione di un embrione in vitro con metà del patrimonio genetico del padre e l'altra metà proveniente da una donna ova-donatrice. L'embrione così generato veniva poi impiantato nell'utero di una terza donna che portava a termine la gravidanza. A seguito della gravidanza le autorità statunitensi, rispettivamente della California e del Minnesota, avevano adottato un provvedimento che rimuoveva qualsiasi legame giuridico fra la madre biologica (e il marito di questa) e il bambino e riconosceva il rapporto di filiazione del genitore genetico (donatore di gameti) e la moglie di questo (madre legale). Le autorità francesi, però, sospettando che la nascita dei bambini fosse avvenuta facendo ricorso a surrogazione di maternità, rifiutavano di trascrivere gli atti di nascita nel registro dello stato civile francese perché in contrasto con l'ordine pubblico francese. Nelle decisioni rese nei casi *Mennesson* e *Labasse* (Corte Edu, sent. 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia*, ric. n. 65192/11, e, sent. 26 giugno 2014, *Labasse c. Francia*, ric. n. 65941/11), i giudici di Strasburgo formulano considerazioni in termini identici, soffermando la propria attenzione nel confronto fra l'ordine pubblico di un particolare sistema giuridico, come limite al riconoscimento di una decisione giudiziaria straniera, e i diritti umani delle parti coinvolte. In entrambe le sentenze la Corte Edu non vede alcuna violazione dell'art. 8 con riguardo alla figura genitore ma, al contrario, la riscontra nella prospettiva dei minori. Nei due casi, secondo i giudici di Strasburgo, il diniego della trascrizione dei provvedimenti statunitensi costituisce una violazione del diritto alla vita privata del bambino che viene colpito da una situazione di incertezza giuridica circa la possibilità di essere riconosciuto come cittadino francese. Tale incertezza secondo i giudici di Strasburgo deriva dal fatto che il bambino, da un lato, è identificato come figlio del genitore biologico, dall'altro, non può ottenere la trascrizione in applicazione del principio di non riconoscimento degli effetti della pratica di maternità per altri. In proposito cfr. H. Fulchiron, CH. Bidaud-Garon, *Reconnaissance ou reconstruction? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue critique de droit international privé*, 2015, p. 1 ss., spec. p. 3 ss.; S. Tonolo, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 202 ss.; M. Distefano, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre*, in questa Rivista, 2015, n. 1, p. 160 ss.

dottrina, il principio della continuità transazionale degli *status* familiari non riveste carattere assoluto, non imponendo agli Stati parti il riconoscimento generalizzato dei provvedimenti stranieri, né l'abolizione dei relativi controlli. La preferenza per la continuità degli *status* familiari che pare potersi dedurre dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo è viceversa una "preferenza relativa", legata al rispetto di alcune condizioni: in primo luogo, lo *status* familiare deve essere stato acquisito dai soggetti interessati in buona fede e in conformità con la normativa materiale dell'ordinamento straniero in considerazione; in secondo luogo, il riconoscimento deve essere collegato a una legittima aspettativa delle parti alla stabilità dello *status* acquisito all'estero³².

La delicatezza del tema e, soprattutto, le implicazioni di ordine più generale hanno accresciuto considerevolmente le attese per la definizione del caso *Orlandi e altri c. Italia*, in cui la Corte Edu si è trovata, come detto in precedenza, a valutare se il diniego di trascrivere il matrimonio dei ricorrenti nel regime normativo esistente prima dell'introduzione della legge sulle unioni civili avesse determinato una violazione dell'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) letto singolarmente e in combinato disposto con l'art. 14 (divieto di discriminazione), nonché dell'art. 12 (diritto al matrimonio) letto singolarmente e in combinato disposto con l'art. 14.

I giudici di Strasburgo, in sede di esame sull'ammissibilità del ricorso, chiariscono che la fattispecie portata alla loro attenzione rientra nell'ambito di applicazione sia dell'art. 8 sia dell'art. 12 della Cedu. Con riferimento alla prima disposizione, ricordano i principi emersi nella sua giurisprudenza più recente, secondo cui le coppie omosessuali sono capaci di instaurare rapporti stabili al pari delle coppie eterosessuali e si trovano in una situazione analoga a quella delle coppie formate da persone di sesso diverso per quanto riguarda l'esigenza di ottenere un riconoscimento giuridico della loro relazione³³. Similmente, con riferimento all'art. 12, la Corte richiama il caso *Chapin e Charpentier c. Francia*³⁴, nel quale aveva affermato l'applicabilità di detta disposizione a una coppia *same-sex* che chiedeva di potere contrarre matrimonio in un ordinamento che all'epoca non ammetteva tale possibilità, per giungere alla conclusione che l'art. 12 trova a maggiore ragione applicazione nell'ipotesi di coppie formate da persone dello stesso sesso che hanno acquisito lo *status* matrimoniale, seppure nell'ambito del sistema nazionale di un altro Stato.

Riferendosi all'art. 8 Cedu, la Corte ricorda pure che detta disposizione, sebbene persegua come scopo principale la tutela degli individui contro le ingiustificate interferenze delle pubbliche autorità, non si limita solo a questo, comprendendo anche "obblighi positivi", finalizzati a rendere effettivo il diritto al rispetto della vita familiare. La Corte non ritiene tuttavia necessario specificare se la fattispecie sottoposta al suo giudizio debba essere inquadrata nell'ambito degli obblighi negativi o degli obblighi positivi derivanti dall'art. 8, in quanto i confini tra le due categorie non sono ben definiti e la valutazione delle eventuali violazioni è comunque soggetta ai medesimi principi. In particolare, nel ricostruire gli obblighi che incombono sullo Stato italiano, la Corte Edu ribadisce la possibilità di limitare il matrimonio alle sole coppie eterosessuali³⁵, nonché il carattere relativo del diritto al rispetto alla vita privata e familiare che può subire limitazioni a condizione che queste siano previste dalla legge del singolo Stato contraente, siano necessarie per il perseguimento di finalità riconosciute come meritevoli di tutela in base alla Cedu e siano proporzionate allo scopo legittimo perseguito³⁶. In tal senso, il "margine di discrezionalità" di cui godono gli Stati nell'adempiere gli obblighi derivanti dalla Cedu si definisce sulla base di dinamiche opposte e simultanee che lo portano a restringersi quando il diritto in gioco attiene ad un aspetto particolarmente importante della sfera personale dell'individuo (come è l'orientamento sessuale) e ad ampliarsi nell'ipotesi in cui non si possa registrare un *consensus* fra gli Stati parti della Cedu o nell'ipotesi in cui l'interesse dell'individuo vada a urtare interessi della comunità statale considerata nel suo complesso.

32 In tal senso, fra gli altri, v. P. Pirrone, *Limiti e "controlimiti" alla circolazione dei giudicati*, cit., 2009, p. 151 ss., spec. p. 157.

33 Corte Edu, *Schalk and Kopf v Austria*, cit., par. 93-94. In generale, con riferimento al diritto alla vita familiare per le coppie formate da persone dello stesso sesso, nel quadro della giurisprudenza della Corte Edu cfr. C. Ragni, *La tutela delle coppie omosessuali*, cit., p. 639 ss.; L. Magi, *La Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 397-399; I. Curry-Sumner, *Same-sex relationships in Europe: Trends Towards Tolerance?*, in *Amsterdam Law Forum*, 2011, pp. 43-61.

34 Corte Edu, sentenza del 9 giugno 2016, *Chapin e Charpentier c. Francia*, ric. n. 40183/07, 9 giugno 2016, par. 31.

35 Sul punto, la Corte ha in più occasioni evidenziato che il matrimonio ha connotazioni sociali e culturali radicate che possono differire molto da una società all'altra, ragion per cui gli Stati nazionali si trovano infatti nella "posizione migliore" (*best placed*) per valutare e rispondere alle esigenze specifiche della società. Corte edu, 24 giugno 2010, ric. n. 30141/04, *Schalk and Kopf v Austria*, par. 62.

36 Sui limiti che può incontrare il diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 Cedu, recentemente W. A. Schabas, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, Oxford university press, 2015, p. 401 ss.

Con riferimento a tale ultimo elemento, i giudici di Strasburgo rilevano come nel caso di specie il diniego di trascrizione degli atti di matrimonio formati all'estero fosse principalmente fondato sulla circolare del Ministero degli Interni del 2001 che valutava tale forma di matrimonio in contrasto con l'ordine pubblico. Tale giustificazione, sebbene in astratto riconducibile agli interessi meritevoli di tutela menzionati dall'art. 8, par. 2 Cedu, era tuttavia contestata all'interno dello stesso ordinamento italiano, poiché la Corte di cassazione nella sentenza n. 4148/2012 aveva chiarito come l'intrascrivibilità dipendesse dall'inidoneità dell'atto di matrimonio straniero a produrre effetti nell'ordinamento italiano e non, invece, dalla sua contrarietà all'ordine pubblico.

L'aspetto, a nostro avviso, più significativo della decisione della Corte Edu risiede nell'affermazione secondo la quale il riconoscimento dell'effettivo *status* personale interessa l'identità personale e sociale e l'integrità psicologica e, indubbiamente, rientra entro l'alveo di applicazione del diritto alla vita privata e del diritto alla vita familiare, tutelati dall'art. 8, par. 1. Inoltre, per quanto il rifiuto di trascrivere un atto possa anche non incidere sulla riconoscibilità dello *status* personale collegato, le ripercussioni pratiche che deve subire l'interessato nel caso di mancata o ritardata trascrizione (ad esempio, la necessità di dover provare il matrimonio ogniquale volta venga presentata una richiesta per ottenere benefici sociali o fiscali) interferiscono con la sua vita privata e familiare³⁷. In conformità a tali premesse, la Corte riscontra la violazione dell'art. 8 della Cedu, affermando che la mancata trascrizione dell'atto di matrimonio dei ricorrenti, sia come matrimonio sia sotto qualsiasi altra forma, costituisce una misura ingiustificata poiché priva i ricorrenti di qualsiasi tutela giuridica, con il risultato di lasciarli in una sorta di limbo. La Corte non considera, invece, rilevanti le pretese violazioni dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8 e con l'art. 12, in quanto entrambe le ipotesi sono ritenute assorbite dalle considerazioni che la Corte svolge con riguardo alla violazione dell'art. 8.

La sentenza *Orlandi* contribuisce a definire il principio della continuità transazionale degli *status* familiari ricostruito dalla dottrina da diversi anni. In particolare, appare opportuno evidenziare che mentre nelle decisioni in precedenza richiamate lo *status* familiare oggetto del riconoscimento trova la propria fonte in decisioni di natura giurisdizionale, nel caso *Orlandi* lo *status* è riconducibile a un atto di autonomia privata che prevede però la partecipazione dell'ufficiale di stato civile. Quanto appena rilevato conferma che il principio della continuità transazionale degli *status* familiari si caratterizza per il suo stretto legame con la tutela di diritti umani di portata fondamentale e per la sua indifferenza rispetto alla fonte dello *status*³⁸. Il bisogno del riconoscimento dello *status* è, infatti, simile a prescindere dal fatto che questo derivi da una decisione giurisdizionale o da atto pubblico³⁹.

Il principio in parola viene a definirsi secondo i consueti schemi di valutazione impiegati dalla Corte Edu che divergono sensibilmente da quelli seguiti nell'ambito della disciplina internazionalprivatistica. Nella prospettiva del diritto internazionale privato, l'ordinamento del foro è, in linea generale, più disposto a riconoscere uno *status* costituito all'estero sulla base della legge regolatrice del rapporto, rispetto a consentire la costituzione del rapporto *ex novo*. Diversamente, nella prospettiva della Corte di Strasburgo il fatto che solo tre dei ventisette Stati, fra quelli che non hanno disciplinato le unioni fra persone dello stesso sesso, consentono la registrazione dei matrimoni omosessuali celebrati all'estero è un fattore che determina l'ampliamento del margine di apprezzamento dello Stato resistente, in quanto indicativo della mancanza nella fattispecie in esame di un «*common ground*» negli ordinamenti giuridici degli Stati parti.

37 I giudici di Strasburgo erano giunti ad analoghe conclusioni nel caso *Dadouch c. Malta* (Corte Edu, sentenza del 20 luglio 2010, *Dadouch c. Malta*, ric. n. 388116/07).

38 In generale, sulle relazioni fra diritto internazionale privato e tutela dei diritti umani e dei diritti fondamentali cfr. A. Bucher, *La famille en droit international privé*, cit. p. 9 ss., spec. p. 98; P. Kinsch, *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, vol. 318, 2005, p. 9 ss.; G. Carella, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato: ragioni e prospettive di una ricerca sui rapporti tra i due sistemi*, in G. Carella (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 1 ss.; P. Pirrone, *I diritti umani e il diritto internazionale privato e processuale tra scontro e armonizzazione*, in P. Pirrone (a cura di), *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 3 ss.; R. Baratta, *La reconnaissance internationale*, cit., p. 399 ss.; P. Kinsch, *Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad. Private International Law Rules and European Human Rights Law*, in K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*, Zurich-Basel, 2010, p. 259 ss., spec. p. 273.

39 Sul punto, cfr. P. Franzina, *Some Remarks on the Relevance of Article 8 of the ECHR*, cit., p. 613; G. Carella, *Sistema delle norme di conflitto e tutela internazionale dei diritti dell'uomo: una rivoluzione copernicana?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, 523 ss., spec. 536-538. Sulla convivenza fra metodi internazionalprivatistici di riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero e metodi di carattere prevalentemente materiale nonché per ulteriori riferimenti bibliografici, v. F. Marongiu Buonaiuti, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 10, 2016, n. 1, pp. 49-88.

Invero, la sentenza *Orlandi*, diversamente dalle decisioni *Wagner*, *Negrepontis*, *Mennesson* e *Labassee*, si riferisce al peculiare contesto italiano, in riferimento al quale la Corte Edu aveva già denunciato la violazione dell'art. 8 Cedu con riguardo alla corrispondente fattispecie di carattere puramente interno. Il bisogno generale delle coppie formate da persone dello stesso sesso di poter disporre di una tutela adeguata della propria unione, affermato dalla Corte di Strasburgo nel caso *Oliari*, vale in termini speculari anche con riguardo alle situazioni che presentano profili di internazionalità. Anche per tale motivo, a nostro avviso, scarsa considerazione viene attribuita dai giudici di Strasburgo al fatto che molte delle coppie ricorrenti non intrattenessero stretti legami con l'ordinamento entro il quale il matrimonio era stato concluso e che le stesse si erano sposate malgrado fossero consapevoli dell'impossibilità di ottenere il riconoscimento della loro unione in Italia⁴⁰. Ciò non equivale a dire, come abbiamo evidenziato in precedenza, che l'obbligo di trascrizione e di riconoscimento delle unioni *same-sex* concluse all'estero sia necessariamente legato all'obbligo di introdurre una legislazione materiale a tutela di tali relazioni, poiché il diritto alla continuità dello *status* acquisito all'estero ha una sua autonomia, come è dimostrato dalla precedente giurisprudenza della Corte Edu⁴¹.

5. Il declassamento del matrimonio *same-sex* concluso all'estero nella nuova disciplina di diritto internazionale privato: rilievi critici

Nell'attuale assetto normativo italiano la questione della trascrizione e del riconoscimento dei matrimoni *same-sex* assume sicuramente contorni diversi. A seguito dell'adeguamento della normativa di diritto internazionale privato e della normativa sull'ordinamento dello stato civile può dirsi certamente superato l'orientamento giurisprudenziale che in questi anni – in violazione dell'art. 8 Cedu – ha negato la possibilità di trascrivere i matrimoni *same-sex* contratti all'estero da cittadini italiani.

L'adeguamento della normativa di diritto internazionale privato è stato realizzato, come anticipato, dal D. lgs. n. 7/2017 dal titolo "Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili" che ha novellato la legge n. 218/1995 di riforma del sistema di diritto internazionale privato italiano, sulla base del principio direttivo contenuto all'art. 1, comma 28 lett. b) della legge n. 76/2016 che prevede «l'applicazione della disciplina dell'unione civile tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi italiane alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo».

Il suddetto principio introduce nel nostro ordinamento una forma di riconoscimento peculiare che si concretizza nella "conversione" o "declassamento" dell'unione straniera al modello interno (c.d. *adapted* o *downgrade recognition*)⁴². La tecnica del c.d. *downgrade recognition* contraddistingue l'unica dispo-

40 Invero, nella sentenza emerge che delle sei coppie ricorrenti tre si erano sposate in Canada, una quarta in California e le restanti due nei Paesi Bassi e che solo tre delle sei si trovavano nello Stato di celebrazione del matrimonio per motivi di lavoro, mentre le altre, anche al momento della conclusione del matrimonio, risultavano stabilmente residenti in Italia. Rispetto a tali coppie appare, pertanto, verosimile ritenere che si siano spostate all'estero con l'intenzione di eludere la legge italiana che impediva loro di contrarre matrimonio.

41 Diversamente il giudice Koskelo, nella sua opinione concorrente osserva che «19. Thus, it is not correct to suggest that what deprived the applicants, as couples living in stable same-sex unions, of "any legal protection" was the absence of registration. What deprived them of specific legal protection as couples was the absence of substantive legislation providing for a legal framework governing the union of same-sex couples, either as marriages or under another kind of status. In other words, the absence of registration was not the cause but the consequence of the substantive legal situation prevailing in Italy until the adoption of Law no. 76/2016 and related legislative measures», per concludere che «23. In the present judgment, the majority take, in my view, a superfluous and misguided detour around the issue of registration, before finally arriving at the conclusion that – indeed – the failure imputable to the respondent State consists, not in the refusal of registration, but in the failure to "ensure that the applicants had available a specific framework providing for the recognition and protection of their same-sex unions" (see paragraph 210 of the present judgment). In other words, the violation of Article 8 is basically the same as that found in the case of *Oliari and Others v. Italy*. Under this approach, the absence of registration as such does not raise a distinct issue in the present context».

42 Per qualche rilievo critico sulla scelta del legislatore delegante ci si permette di rinviare a quanto osservato nel nostro L. Scaffidi Runchella, *Osservazioni a Prima Lettura sulla Legge sulle Unioni Civili tra Persone dello Stesso Sesso, nella Prospettiva Internazionaleprivatistica*, in *Quaderni SIDIBlog* 3, 2016, p. 346-359. La *downgrade recognition* non è una soluzione nuova, essendo già contemplata in altri ordinamenti giuridici. In Svizzera, per esempio, l'art. 45, par. 3 della legge federale sul diritto internazionale privato prevede che «il matrimonio celebrato validamente all'estero tra persone dello stesso sesso è riconosciuto in Svizzera quale unione domestica registrata». In Germania, prima dell'apertura del matrimonio alle coppie dello stesso sesso, avvenuta il 28 luglio del 2017, la tecnica operava in modo più articolato, poiché l'art. 17b della legge introduttiva al codice civile EGBGB prevedeva che gli effetti delle unioni costituite all'estero non potessero essere più estesi di quelli previsti

sizione dedicata al matrimonio fra persone dello stesso sesso, ovvero l'art. 32-bis della legge n. 218/1995 che stabilisce che «il matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana».

La formulazione della norma sembra andare nella direzione del superamento del tradizionale metodo conflittuale bilaterale e dei criteri di collegamento classici previsti in materia matrimoniale, assumendo una prospettiva essenzialmente di tipo unilaterale⁴³. Il fine perseguito dall'art. 32-bis, infatti, non consiste nel "riqualificare" il matrimonio concluso all'estero entro la categoria "unione civile" al fine di individuare il diritto applicabile sulla base del criterio di collegamento prescelto, bensì nell'imporre l'applicazione della disciplina materiale dettata dalla legge n. 76/2016 a tutti gli effetti del matrimonio "convertito" in unione civile. Ciò comporta che le norme di conflitto, di cui agli artt. 32-ter, 32-quater e 32 quinquies, vengano in rilievo per le unioni civili che presentano elementi di estraneità all'ordinamento italiano, ma non anche per il matrimonio fra persone dello stesso sesso concluso all'estero⁴⁴. La scelta di imporre l'applicazione della disciplina materiale italiana può essere giustificata dall'esigenza di evitare di individuare come diritto applicabile quello di un ordinamento che non disciplina le unioni civili, considerato che molto di frequente gli ordinamenti che hanno ridefinito il matrimonio in senso *gender-neutral* non consentono alle coppie formate da persone dello stesso sesso di costituire un'unione civile⁴⁵. Di contro, l'applicazione generalizzata della legge italiana appare eccessiva soprattutto con riferimento ai matrimoni in cui i membri della coppia presentano un collegamento poco intenso con l'ordinamento italiano e rischia di determinare problemi di coordinamento con le fonti esterne all'ordinamento statale, in particolare con i regolamenti dell'Unione europea che notoriamente lasciano impregiudicata la questione della validità dello *status* che costituisce il presupposto per definire l'ambito di applicazione *ratione personae* dello strumento⁴⁶.

L'adeguamento della normativa sull'ordinamento dello stato civile è stato invece realizzato dal D.lgs. n. 5/2017, attraverso la modifica di disposizioni collocate in diversi atti normativi che sono così divenute applicabili alle unioni civili e alle relative parti. Il r.d. n. 1238/1939 sull'ordinamento dello stato civile, così come modificato a seguito del D.lgs. n. 5/2017, consente di trascrivere il matrimonio celebrato all'estero fra persone dello stesso sesso mediante la "conversione" del matrimonio in unione civile. Lo strumento prevede, infatti, un nuovo capo VI-bis che si esaurisce in un'unica disposizione, pre-

nel codice civile e nella legge sulle *partnership* registrate (*Lebenspartnerschaft*). Il modello di unione *same-sex* di diritto tedesco rappresentava pertanto il "tetto massimo" ammissibile. Per una più ampia analisi, anche sotto il profilo di diritto comparato, P. Wautelet, *Private International Law Aspects of Same-Sex Marriages and Partnerships in Europe: Divided We Stand?*, in K. Boele-Woelki e A. Fuchs (eds.), *The Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2012, p. 143-188, spec. 163-166.

43 La funzione delle norme di conflitto è un tema che è stato lungamente dibattuto nella dottrina italiana. Secondo la prospettiva "bilateralistica" le norme di conflitto vengono in rilievo soltanto riguardo a situazioni e rapporti che presentano elementi di transnazionalità e svolgono la funzione di rendere applicabile, di volta in volta, il diritto materiale italiano (*lex fori*) o il diritto straniero. Secondo la prospettiva "unilateralistica" le norme di conflitto vengono sempre in gioco e svolgono la funzione di indicare al giudice la possibilità di applicare il diritto materiale del foro o meno (funzione unilaterale introversa) o la possibilità di rendere applicabile il diritto straniero (funzione unilaterale estroversa). Com'è stato evidenziato da R. Quadri, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1969, spec. p. 262 ss., la natura "unilateralistica" di un sistema giuridico emerge sia valutando il trattamento riservato alla legge del foro sia guardando al procedimento attraverso il quale viene individuato il diritto straniero applicabile. Quest'ultimo deve trovare applicazione nel rispetto della sua volontà secondo il "principio dell'autocollegamento", in modo da garantire l'uniformità e la continuità nella vita giuridica delle persone.

44 Così O. Lopes Pegna, *Effetti dei matrimoni same-sex contratti all'estero dopo il «riordino» delle norme italiane di diritto internazionale privato*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, fasc.2, 2017, p. 527 ss.

45 In tal senso, v. C. Campiglio, nell'ambito del Forum: *La disciplina internazionalprivatistica italiana delle unioni civili*, <https://crossborder.live/2016/11/07/la-disciplina-internazionalprivatistica-italiana-delle-unioni-civili3/>.

46 Sulla questione, v. O. Lopes Pegna, *Effetti dei matrimoni same-sex contratti all'estero dopo il «riordino»*, cit. p. 527 ss. evidenzia che «Il richiamo alla legge italiana (...) implica l'applicazione della legge n. 76/2016 (in particolare l'art. 1, comma 22 e seguenti), anche alla disciplina di questi effetti, indipendentemente dal carattere transnazionale della fattispecie. In particolare, con riferimento alla legge applicabile allo scioglimento del rapporto, l'effetto sarà quello di consentire la scelta di legge (ai sensi dell'art. 5 del regolamento (UE) 1259/2010) nel caso di unioni civili riconosciute o contratte in Italia che presentino carattere transfrontaliero, mentre alle parti di matrimoni esteri "riqualificati" non sarà concessa tale facoltà». Tale diversità di trattamento fra matrimonio *same-sex* e unione civile non si riscontra, invece, nel caso di applicabilità *diretta* dei regolamenti, cioè quando tali strumenti intendano applicarsi anche alle unioni civili «proprio vigore». In tal caso, sottolinea l'autrice, «le norme di conflitto stabilite dai regolamenti si sostituiscono a quelle nazionali, e – quindi – anche alla norma di conflitto contenuta nell'art. 32-bis, che resterebbe applicabile per il profilo della riqualificazione, essendo tale aspetto rimesso, come abbiamo visto, agli ordinamenti nazionali».

cisamente l'art. 134-bis che introduce il nuovo registro delle unioni civili⁴⁷. In detto articolo si specifica che tale registro è composto di due parti distinte: nella prima l'ufficiale dello stato civile iscrive gli atti di costituzione delle unioni civili avvenute davanti a lui; nella seconda, si trascrivono, fra l'altro, gli atti di costituzione delle unioni civili avvenute all'estero, nonché gli atti dei matrimoni tra persone dello stesso sesso avvenuti all'estero⁴⁸. La disposizione mal si concilia con l'art. 32-bis della legge n. 218/1995 il quale – come si dirà meglio in seguito – sembra distinguere, ai fini dell'operatività del “declassamento”, le coppie in cui almeno uno dei due membri sia cittadino italiano da quelle formate da cittadini stranieri. L'art. 134-bis non tiene conto di tale distinzione, imponendo la trascrizione sul registro delle unioni civili di tutti i matrimoni fra persone dello stesso sesso avvenuti all'estero, compresi quelli che non subiscono il declassamento. Di conseguenza il matrimonio *same-sex* concluso all'estero da stranieri, seppure riconosciuto come tale, sarà trascritto nella parte riservata alle unioni civili.

Con riferimento alla disciplina appena descritta, i ricorrenti nel giudizio tenutosi davanti al Tribunale di Perugia hanno proposto una serie di doglianze: in primo luogo, perché i coniugi *same-sex* che hanno celebrato matrimonio all'estero sono irragionevolmente soggetti a un trattamento differenziato rispetto a quello riservato alle coppie tradizionali che contraggono matrimonio all'estero, atteso che le prime, diversamente dalle seconde, hanno l'onere di trascrivere l'atto di matrimonio nel registro delle unioni civili e non nel registro previsto per i matrimoni; in secondo luogo, in ragione dell'ingiustificato declassamento che subiscono i matrimoni *same-sex* conclusi all'estero.

Con riguardo alla prima questione, occorre rilevare come il nostro legislatore abbia optato per un sistema in cui il riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali viene affidato all'introduzione di una forma giuridica *ad hoc*, alternativa al matrimonio. In tal senso, pare potersi sostenere come la legge n. 76/16 sulle unioni civili abbia cercato di accogliere l'impianto teorico sviluppato dai giudici costituzionali nelle sentenze 138/2010 e 170/2014⁴⁹, tentando di soddisfare due esigenze contrapposte: per un verso, di accordare alle coppie omosessuali uno schema giuridico assimilabile al matrimonio; per altro verso, di evitare che la nuova regolamentazione giuridica possa far coincidere, sul piano degli effetti giuridici, l'unione civile e il matrimonio tradizionale.

La legge sulle unioni civili non appare un buon esempio di legislazione né in relazione alla tecnica redazionale impiegata né in relazione alla chiarezza e coerenza delle scelte di fondo. Per tale ragione la dottrina controverte in ordine alla possibilità di equiparare il nuovo istituto al matrimonio tradizionale⁵⁰. In senso negativo depone la mancanza, fra i presupposti essenziali della fattispecie dell'unione civile, di alcuni elementi: il legame affettivo stabile, la comunione di vita materiale e spirituale e il vincolo di

47 Il d. lgs. n. 5/2017 ha apportato modifiche anche al D.p.r. n. 396/2000, interpolando, fra l'altro, l'art. 10, comma 1, dal titolo “Archivio informatico” che, nella attuale versione, recita «in ciascun ufficio dello stato civile sono registrati e conservati in un unico archivio informatico tutti gli atti formati nel comune o comunque relativi a soggetti ivi residenti, riguardanti la cittadinanza, la nascita, i matrimoni, le unioni civili e la morte». Poiché l'archivio informatico non è ancora operativo, in forza dell'art. 109, comma 2, continuano ad applicarsi le disposizioni previgenti di cui al R.d. n. 1238/1939 relative agli archivi cartacei. Tale disciplina cesserà di avere efficacia allorché diverranno operative le disposizioni sugli archivi informatici di cui al D.p.r. n. 396/2000.

48 Non risulta invece chiaro come si debba procedere nei confronti di eventuali matrimoni *same-sex* trascritti negli ultimi anni nei registri dello stato civile, soprattutto quelli su cui è pendente ancora un procedimento giurisdizionale, quelli la cui richiesta di trascrizione è stata negata e quelli che invece sono stati trascritti come matrimoni in conformità alle ordinanze sindacali. Sul punto G. Malgieri, *L'unione civile alla prova del diritto internazionale privato: all'ombra di una delega legislativa*, in questa Rivista, 2016, n. 2, p. 94-95.

49 Sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 138 del 2010 si rinvia a B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, Jovene, 2011, all'interno del quale si distingue per l'efficace sintesi delle diverse posizioni R. Romboli, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, p. 3 ss. Sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 170/2014, cfr. M. Balboni, M. Gattuso, *Famiglia e identità di genere: “divorzio imposto” e diritti fondamentali*, in questa Rivista, 2014, n. 1, p. 6 ss.; P. Veronesi, *Un'anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”: il “caso Bernaroli” nella sentenza n. 170/2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 6 luglio 2014; L. Ferraro, *Corte costituzionale, Bundesverfassungsgericht e Corte edu tra identità sessuale e orientamento sessuale*, in *www.rivistaaic.it*, n. 3/2015.

50 Sull'argomento cfr. G. De Cristofaro, *Le “unioni civili” fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°-34° dell'art. 1 della l. 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal D.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1/2017, pp. 101-143; G. Ferrando, *Le unioni civili. Prime impressioni sulla riforma*, in questa Rivista n. 2/2016, pp. 6-17; M. Gattuso, *Cosa c'è nella legge sulle unioni civili: una prima guida*, in *Articolo29*, *www.articolo29.it*; G. Casaburi, *Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili)*, ivi; F. Romeo, M.C. Venuti, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2015, pp. 971 ss.

durata tendenzialmente corrispondente alla vita delle parti⁵¹. Nella medesima direzione va il mancato impiego della parola “famiglia” e dell’aggettivo “familiare” nelle disposizioni dedicate al nuovo istituto, in particolare in quella di esordio in cui l’unione civile tra persone del medesimo sesso viene definita come «specifica formazione sociale ai sensi degli artt. 2 e 3 Cost.». Tale previsione implicitamente escluderebbe la possibilità di ricondurre l’unione civile entro la nozione di famiglia di cui all’art. 29 Cost. che, in tal senso, rimarrebbe riservato in via esclusiva al matrimonio tradizionale.

In senso positivo, può invece notarsi che i reciproci diritti e doveri dei partner sono sostanzialmente i medesimi di quelli esistenti tra coniugi⁵². L’obbligo reciproco di assistenza morale e materiale, di coabitazione e contribuzione, l’attribuzione della posizione di erede legittimo e legittimario, la possibilità di adottare regimi patrimoniali come la comunione legale o il fondo patrimoniale sono vincoli, nel matrimonio come nell’unione, finalizzati a sostenere la comunione di vita sia dal punto di vista materiale sia dal punto di vista spirituale⁵³.

Il fatto che il matrimonio e l’unione civile, per quanto vicini negli effetti giuridici, siano stati concepiti come istituti diversi nel *nomen iuris* e nel fondamento costituzionale porta a ritenere che la conversione del matrimonio *same-sex*, anche in sede di trascrizione nei registri dello stato civile, non costituisca di per sé una discriminazione a danno delle coppie omosessuali, con conseguente violazione del precetto di cui all’art. 3 Cost. Trattandosi di forme giuridiche non omogenee, la disciplina non deve essere identica, il principio di eguaglianza va, infatti, inteso come “a ciascun il suo”, non come “a tutti lo stesso”⁵⁴. Ciò non implica, come lascia intendere il giudice umbro, che il trattamento riservato ai membri dell’unione civile debba essere in tutti i casi disomogeneo rispetto a quello previsto per i coniugi. Al contrario, dato che la *ratio* del nuovo istituto è quella di offrire alle coppie *same-sex* una disciplina giuridica quale rimedio all’impossibilità di sposarsi, emerge l’esigenza di accordare diritti assimilabili a quelli che derivano dal matrimonio, che in questo senso rimane indubbiamente il modello di vita familiare di riferimento. Peraltro, occorre ricordare che la Corte Costituzionale nella sentenza n. 138/2010 si è riservata la possibilità di intervenire attraverso lo strumento del controllo di ragionevolezza, per tutelare

51 In particolare, G. De Cristofaro, *Le “unioni civili” fra coppie del medesimo sesso*, cit., p. 116 ss. evidenzia come l’art. 1, comma 2°, non riservi espressamente la possibilità di costituire una unione civile alle sole persone (del medesimo sesso) “unite stabilmente da legami affettivi di coppia”. Inoltre, l’autore osserva che in nessuna delle disposizioni che disciplinano l’unione civile si fa il benché minimo riferimento alla “comunione di vita materiale e spirituale” fra le parti dell’unione civile. Infine, rileva che la legge omette di riconnettere alla costituzione di un’unione civile la reciproca assunzione di un vincolo destinato a protrarsi – almeno in linea di principio – fino a quanto entrambe le parti rimangano in vita. Il primo dei tre rilievi non ci appare del tutto condivisibile, dal momento che generalmente negli istituti denominati *partnership* registrata o unione civile, il vincolo giuridico fra i partner, analogamente a come avviene nel quadro del matrimonio tradizionale, si crea istantaneamente con la manifestazione di volontà delle parti accompagnata dall’intervento della pubblica autorità e gli effetti giuridici di conseguenza si dispiegano soltanto nel futuro. In tal senso G. Goldstein, *La Cohabitation hors mariage en droit international privé*, in *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, vol. 320 (2006), p. 97 ss. sottolinea che mentre nel caso dell’unione di fatto occorre valutare la stabilità della convivenza e l’intenzione dei conviventi, nel caso del matrimonio è sufficiente riscontrare la sussistenza di un atto di matrimonio valido.

52 L’elenco dei diritti e doveri / obblighi che scaturiscono imperativamente *ex lege* dalla costituzione dell’unione civile è compreso nei commi 11 e 12 dell’art. 1. In tali disposizioni si prevede che con la conclusione dell’unione civile tra persone dello stesso sesso le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri. Dall’unione civile deriva inoltre l’obbligo reciproco all’assistenza materiale e morale e alla coabitazione. Entrambe le parti sono poi tenute, in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni” (comma 11). Le parti inoltre «concordano tra loro l’indirizzo della vita familiare e fissano la residenza comune». A ciascuna di esse spetta poi «il potere di attuare l’indirizzo concordato» (comma 12). Rispetto al matrimonio il comma 11 omette il richiamo al dovere di reciproca fedeltà fra i membri della coppia. Tale omissione secondo G. De Cristofaro, *Le “unioni civili” fra coppie del medesimo sesso*, cit., p. 125 ss. è «l’inevitabile e logico corollario della scelta di negare qualsivoglia rilevanza giuridica all’esistenza (o inesistenza) di un legame affettivo stabile». Diversamente, sul punto, G. Ferrando, *Le unioni civili*, cit., p. 14 osserva che nel quadro dell’unione civile tale mancanza sembra riferirsi all’obbligo di fedeltà inteso nel senso più ristretto, cioè come fedeltà sessuale e non anche come espressione degli impegni di lealtà e di collaborazione, in vista del perseguimento dello scopo comune. L’obbligo di fedeltà così inteso si è nel tempo affievolito anche nel quadro dell’istituto coniugale, in quanto l’unica conseguenza che deriva dalla sua violazione, cioè la pronuncia di addebito di separazione, richiede che l’infedeltà abbia esercitato un’“efficacia causale” sulla crisi del matrimonio. Con riguardo ai diritti (e doveri) patrimoniali e ai diritti successori in caso di morte del partner, l’equiparazione tra matrimonio e unione civile è pressoché piena.

53 In tal senso, G. Ferrando, *Le unioni civili*, cit., p. 16 afferma che «sotto il nome di “unioni civili”, si è infatti disciplinato un istituto che condivide con il matrimonio i tratti essenziali, sia per quel che riguarda il momento costitutivo (il profilo dell’“atto”) sia per quanto riguarda la relazione interpersonale (il profilo del “rapporto”) e la rilevanza nei confronti dei terzi e della collettività».

54 In tal senso, G. Casaburi, *La costituzione dell’unione civile tra persone dello stesso sesso*, in questa *Rivista*, 2016, n. 2, p. 63.

specifiche situazioni in cui emerga la necessità di un trattamento omogeneo tra le coppie coniugate e le coppie *same-sex*.

A nostro avviso, un profilo di incompatibilità con il principio di uguaglianza emerge non tanto in relazione al c.d. *downgrade recognition* in sé considerato, quanto per il diverso trattamento riservato alle coppie di cittadini italiani e alle coppie miste, da un lato, e alle coppie di cittadini stranieri, dall'altro. In proposito, occorre osservare che l'art. 32-*bis* della legge n. 218/1995 ha sin da subito suscitato qualche perplessità poiché impone di convertire il matrimonio in unione civile e di sottoporlo alla legge italiana nell'ipotesi in cui sia contratto all'estero da (almeno) un cittadino italiano, non offrendo invece indicazioni con riferimento al riconoscimento del matrimonio contratto all'estero da due stranieri dello stesso sesso. In proposito appare condivisibile la posizione della dottrina che, argomentando *a contrario*, ritiene che il matrimonio *same-sex* costituito all'estero tra stranieri debba essere qualificato, ai fini della determinazione della legge applicabile agli effetti dell'unione, come matrimonio ed essere pertanto assoggettato sia alle pertinenti norme di diritto internazionale privato, cioè agli artt. 27 ss. della l. 218/1995, sia ai regolamenti dell'Unione europea che interessano la materia matrimoniale, come, ad esempio, il Regolamento (UE) 1259/2010 sulla legge applicabile allo scioglimento del matrimonio e il Regolamento (UE) 2016/1103 in materia di regimi patrimoniali fra coniugi⁵⁵.

Come dichiarato in occasione dei lavori preparatori e sostenuto dal giudice umbro, la ragione della limitazione del principio del declassamento del matrimonio ai soli cittadini italiani risiederebbe nel tentativo di limitare l'elusione della legge italiana, cioè le fittizie localizzazioni all'estero di un rapporto i cui elementi essenziali siano tutti riconducibili all'ordinamento italiano, salvo il luogo di costituzione del vincolo. La soluzione adottata non può, a nostro avviso, considerarsi ragionevole, poiché l'alveo di applicazione della norma ricomprende, al suo interno, ipotesi molto diverse fra loro: il cittadino italiano che ha lasciato il nostro paese soltanto temporaneamente e al solo fine di acquisire lo *status* previsto dall'ordinamento straniero (*evasion scenario*); il cittadino italiano che al momento della conclusione del matrimonio risultava già abitualmente residente all'estero e che solo in seguito ha deciso di fare ritorno nel paese di appartenenza (*change of residence scenario*)⁵⁶. In quest'ultimo caso, la soluzione volta a imporre comunque la disciplina italiana appare eccessivamente rigida, determinando una "discriminazione al rovescio" a danno delle coppie in cui almeno uno dei membri della coppia abbia cittadinanza italiana, atteso che queste vengono trattate meno favorevolmente rispetto alle coppie formate da stranieri che si trovano in condizioni assimilabili⁵⁷. Se, per un verso, è vero che, nell'ipotesi appena considerata, la fattispecie presenterebbe un legame più intenso con il foro rispetto all'ipotesi di coppia di nazionalità stra-

55 In tal senso O. Lopes Pegna, *Effetti dei matrimoni same-sex contratti all'estero dopo il «riordino»*, cit., p. 534; G. Biagioni, *Unioni same-sex e diritto internazionale privato: il nuovo quadro normativo dopo il D.lgs. n. 7/2017*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2017, p. 496 ss.; O. Feraci, *L'incidenza del nuovo regime europeo in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi e parti di unioni registrate sull'ordinamento giuridico italiano e le interazioni con le novità introdotte dal D.lgs. 7/2017 attuativo della cd. legge Cirinnà*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2016, p. 11. Tale interpretazione è messa in dubbio da C. Campiglio, *La disciplina delle unioni civili transnazionali e dei matrimoni esteri tra persone dello stesso sesso*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2017, p. 41 ss. che ritiene che «l'interprete non potrà che riqualificare anche i matrimoni non espressamente regolati dall'art. 32-*bis* come unioni civili posto che, da un lato, il matrimonio tra persone dello stesso sesso non può evidentemente produrre nel nostro Paese gli effetti tipici del matrimonio». Analogamente F. Pesce, *La legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato alla prova della nuova disciplina sulle unioni civili*, in questa *Rivista*, 2017, n. 2, p. 78 ss., spec. p. 92, evidenzia la necessità di procedere anche nel caso di coppie formate da cittadini stranieri «ad una qualificazione del matrimonio *same-sex* in termini di unione civile di cui alla legge L. n. 76/2016. Tale conclusione, secondo l'autore, si impone per «escludere gli inevitabili effetti di *reverse discrimination* che discenderebbero dalla posizione opposta (dal teorizzare, cioè, una perfetta e completa continuità transfrontaliera dello status coniugale): vero è che gli effetti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso *ex lege Cirinnà* sono *pressoché* coincidenti con quelli del matrimonio civilistico, ma è pur vero che esistono talune esclusioni rispetto alle quali non sembrerebbe possibile un trattamento differenziato riservato ai coniugi stranieri dello stesso sesso».

56 In senso analogo, v. G. Biagioni, *Unioni same-sex e diritto internazionale privato: il nuovo quadro normativo dopo il D.lgs. n. 7/2017*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2017, p. 496 ss. rileva che «la cittadinanza italiana di una delle parti costituisce condizione necessaria e sufficiente per determinare il c.d. *downgrade recognition* del matrimonio tra persone dello stesso sesso», la cittadinanza può però «sovente rappresentare un nesso di scarsa intensità alla luce del fenomeno generalizzato della mobilità degli individui nello spazio e dunque il richiamo di questo criterio può porsi in contrasto con le aspettative di questi ultimi rispetto all'individuazione della legge applicabile». Più in generale, sull'argomento v. L. Silberman, *Same-sex marriage: refining the conflict of laws analysis*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2005, 2195 ss.

57 Invero, il principio contenuto nell'art. 1, comma 28, lett. b) della legge n. 76/2016 non indicava che la conversione del matrimonio fra persone dello stesso sesso in unione civile riguardasse unicamente i matrimoni conclusi da cittadini italiani. Per questo motivo l'originaria formulazione dell'art. 32-*bis*, nello schema di decreto legislativo approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri, si limitava a disporre che il matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso dovesse produrre gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana senza porre distinzioni in ragione della cittadinanza dei membri della coppia.

niera, per altro verso, è egualmente vero che, soprattutto nel quadro del diritto internazionale privato europeo, il ruolo del criterio della cittadinanza ha subito nel corso degli ultimi decenni un forte ridimensionamento, in favore dei criteri basati sul domicilio o sulla residenza. L'impiego del criterio della cittadinanza non sembra, infatti, più in grado di offrire risposte adeguate all'accresciuta rilevanza sociale dei rapporti a carattere transnazionale, in un'epoca caratterizzata dall'intensificarsi delle manifestazioni di mobilità degli individui e dal fenomeno della globalizzazione. Per tale motivo il criterio della cittadinanza, tradizionalmente espressione di un vincolo culturale fra l'individuo e lo Stato di appartenenza sta lasciando progressivamente spazio al criterio della residenza abituale che viene ritenuto, in ragione del suo carattere flessibile, maggiormente in grado di favorire l'integrazione del soggetto interessato nel tessuto sociale in cui ha deciso di radicare il centro della propria condotta di vita e dei legami affettivi⁵⁸.

Tale osservazione sembra trovare conforto nell'art. 32-*quinques* che, parimenti nel tentativo di limitare l'elusione della legge italiana, specifica che solo l'unione civile costituita all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso (in questo caso, entrambi) "abituamente residenti in Italia" produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana. L'accantonamento delle norme di diritto internazionale privato a favore della legge italiana riguarda quindi sia il matrimonio *same-sex* sia l'unione civile. Tuttavia, se in relazione al secondo istituto l'applicazione della legge italiana dipende dal fatto che la situazione giuridica da riconoscere presenta un intenso legame, anche sotto il profilo della residenza abituale, con l'ordinamento italiano, per il matrimonio l'applicazione della legge italiana è prevista a prescindere dall'esistenza di suddetto legame.

L'applicazione dell'art. 27 della legge n. 218/1995 ai matrimoni conclusi all'estero fra cittadini stranieri potrebbe, tuttavia, determinare il loro mancato riconoscimento quando la legge nazionale di uno dei coniugi non consenta il matrimonio fra persone dello stesso sesso. Tale disposizione, infatti, richiama la legge nazionale di *ciascun* nubendo al tempo del matrimonio per la valutazione della capacità matrimoniale dei membri della coppia, degli impedimenti e delle condizioni di validità del consenso. Di conseguenza, ciascun membro della coppia deve soddisfare i requisiti di capacità e sostanza previsti dalla propria legge nazionale al momento della conclusione del matrimonio.

Con riferimento alle unioni civili, l'art. 32-*ter*, comma 1, analogamente a quanto previsto in materia matrimoniale, prevede che la capacità e le altre condizioni per costituire unione civile sono regolate dalla legge nazionale di ciascuna parte al momento della costituzione dell'unione civile. Per scongiurare gli inconvenienti derivanti dall'impiego del criterio di collegamento della cittadinanza l'art. 32-*ter*, comma 1 prevede un'eccezione, stabilendo che nell'ipotesi in cui la legge applicabile non ammetta l'unione civile trovi applicazione la legge italiana. Si tratta di una norma materiale che trova le sue radici nell'art. 1 della legge n. 76/2016 che collega l'istituto dell'unione civile al diritto fondamentale delle coppie formate da persone dello stesso sesso di vivere liberamente una condizione di coppia. In tal senso, il *favor* verso la costituzione dell'unione civile può considerarsi come un'estrinsicazione di un principio di ordine pubblico positivo volto ad affermare determinati valori nell'ipotesi in cui l'ordinamento straniero richiamato non li conosca o non li realizzi. L'effetto "positivo" dell'ordine pubblico si concretizza, dunque, nell'estensione dell'ambito di applicazione della *lex fori* per tutelare valori ritenuti fondamentali dall'ordinamento⁵⁹.

La mancanza di un'analogia disposizione per i matrimoni conclusi all'estero tra cittadini stranieri assoggetta tali coppie a un trattamento differenziato irragionevole e li espone al rischio di subire la violazione del diritto alla vita privata e familiare tutelato anche dalla Cedu⁶⁰.

58 Sul tema, fra i tanti, cfr. P. Franzina, *The evolving role of nationality in private international law*, in S. Forlati, A. Annoni (eds.), *The Changing Role of Nationality in International Law*, Albingdon-New York, Routledge, 2013, p. 210 ss.; E. Di Napoli, *A place called home: il principio di territorialità e la localizzazione dei rapporti familiari nel diritto internazionale privato post-moderno*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2013, p. 899 ss.

59 In proposito, P. Picone, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 1998, p. 290 ss. osserva come la funzione "positiva" dell'ordine pubblico si realizzi generalmente in modo indiretto in seguito all'evizione della legge straniera competente, ma può realizzarsi anche in modo diretto quando la disciplina materiale di una questione relativa alla legge interna "faccia corpo" e quindi concretizzi in partenza il principio di ordine pubblico che si tratta di tutelare. La nozione di ordine pubblico "positivo", tende dunque a sovrapporsi alla nozione di norme di applicazione necessaria, sulla questione v. O. Feraci, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 60 ss.

60 In proposito, O. Lopes Pegna, *Effetti dei matrimoni same-sex contratti all'estero dopo il «riordino» delle norme italiane di diritto internazionale privato*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, fasc.2, 2017, p. 527 ss. sostiene che «si dovrebbe comunque ammettere il riconoscimento di effetti al matrimonio estero riquilificandolo come unione civile, in modo da consentire il riconoscimento di effetti, senza tener conto dell'impedimento relativo al medesimo sesso delle parti. (...) Si otterrebbe in tal modo il risultato di garantire a tutte le relazioni stabili *same-sex* almeno il *minimum standard* di riconoscimento giuridico costituito dall'unione civile».

Invero, con riguardo alla questione del riconoscimento delle unioni *same-sex* il tradizionale metodo conflittuale bilaterale, se privo di correttivi, non pare del tutto adeguato a governare la questione del riconoscimento delle unioni *same-sex*, anche a causa della mancanza di universalità e dell'eterogeneità di tali rapporti. La sottoposizione dell'unione a una legge diversa da quella del paese dove è avvenuta la costituzione rischia di generare situazioni "claudicanti" o di disattendere le aspettative degli interessati, nei casi in cui le differenze fra i diversi regimi giuridici non siano di scarsa rilevanza.

Appare, in tal senso, degna d'interesse una recente decisione della Corte di cassazione avente a oggetto la trascrivibilità nei registri italiani dello stato civile di un atto di nascita formato all'estero che attestava un rapporto di filiazione creato da due persone dello stesso sesso mediante il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita, rapporto che non avrebbe potuto legittimamente formarsi secondo l'ordinamento italiano⁶¹. La Corte di cassazione ha rigettato i ricorsi presentati dal Procuratore generale presso la Corte d'appello di Torino e dal Ministero dell'interno avverso il decreto della Corte d'appello con il quale era stata ordinata la trascrizione dell'atto spagnolo di stato civile, evidenziando che il giudice italiano, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero, non deve verificare se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto a una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma verificare soltanto se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. L'approdo della Corte di cassazione, oltre a mostrare la tendenza a ridurre la sfera d'applicazione del limite dell'ordine pubblico internazionale quale clausola di eccezione al riconoscimento nel foro di situazioni giuridiche costituite all'estero, sembra indicare che l'esigenza di continuità degli *status* familiari costituiti all'estero possa portare ad accantonare le norme di conflitto. Invero nella decisione, i giudici di legittimità escludono dal novero delle norme applicabili al caso di specie l'art. 33 della legge n. 218/1995 di riforma, intesa quale norma che permette il riconoscimento automatico nel foro delle situazioni giuridiche di filiazione validamente costituite nello Stato estero di nazionalità del minore o, se più favorevole, di nazionalità di uno dei genitori. Tale esclusione sembra avvenire in favore dell'art. 65 della medesima legge, norma che esprime una clausola generale diretta a consentire, alle condizioni ivi indicate, il riconoscimento in Italia di situazioni giuridiche costituite all'estero⁶². In proposito osservare che tale norma, secondo la dottrina prevalente, verrebbe in considerazione esclusivamente per il riconoscimento di provvedimenti giurisdizionali stranieri costitutivi o modificativi di *status* personali o familiari e non anche per il riconoscimento di *status* personali sorti *ex lege* e formalizzati in atti amministrativi⁶³. Un'interpretazione estensiva dell'art. 65, volta cioè a ricomprendere nel suo ambito di applicazione anche *status* personali e familiari che trovano la propria fonte nella legge straniera o in un atto pubblico straniero, favorisce la continuità transfrontaliera di tali *status* nella misura in cui permette che vengano dichiarati efficaci non solo i provvedimenti pronunciati in applicazione della normativa richiamata dalle norme della legge n. 218/1995, ma anche i provvedimenti che producono effetti nell'ordinamento dello Stato individuato come competente dalla norma di conflitto pertinente, anche se pronunciati da autorità di altro Stato. Nel quadro dell'art. 65, il riferimento alla legge individuata dalle norme di conflitto non ha, infatti, lo scopo di richiedere che proprio tale legge venga applicata dal giudice straniero, ma ha un valore indiretto e strumentale, in quanto la legge medesima viene in rilievo al solo fine di individuare gli ordinamenti nel cui ambito le sentenze straniere (o anche i provvedimenti) devono risultare efficaci, al fine di poter essere riconosciute in Italia⁶⁴.

61 Sentenza della Corte di cassazione, I sez. civ., 21 giugno-30 settembre 2016, n. 19599.

62 In senso critico sulla decisione v. F. Marongiu Buonaiuti, *Il riconoscimento della filiazione derivante da maternità surrogata – ovvero fecondazione eterologa sui generis – e la riscrittura del limite dell'ordine pubblico da parte della corte di cassazione, o del diritto del minore ad avere due madri (e nessun padre)*, in E. Triggiani, F. Cherubini, I. Ingravalle, E. Nalin, R. Virzo (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, II, Bari, Cacucci, 2017, pp. 1141-1150.

63 A supporto di tale indirizzo ermeneutico è stato osservato che la disposizione è collocata nel titolo IV, relativo all'«efficacia di sentenze e atti stranieri», e non tra le disposizioni riguardanti il modo di operare delle norme di conflitto. La Relazione ministeriale alla legge di riforma del diritto internazionale privato e processuale, inoltre, afferma chiaramente che si tratta di un procedimento «complementare rispetto a quello dell'articolo precedente», permettendo di «attribuire efficacia alle sentenze straniere a condizioni semplificate». Infine, la disposizione fa riferimento ai diritti essenziali della difesa, elemento che non rientra tra le condizioni di validità dell'atto amministrativo in generale, mentre viceversa è un requisito peculiare degli atti di natura giurisdizionale. Sulla questione cfr. P. Picone, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, cit., p. 483 ss.; N. Boschiero, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 161 ss.

64 Sul ruolo dell'art. 65 per il riconoscimento degli *status* familiari acquisiti all'estero ci si permette di rinviare al nostro L. Scaffidi Runchella, *Il riconoscimento delle unioni same-sex*, cit., p. 297 ss. e 403 ss. La soluzione proposta che si ispira al metodo

6. Declassamento del matrimonio *same-sex* concluso all'estero e diritto al rispetto della vita familiare

Con specifico riguardo al sistema Cedu, ci si può chiedere se il “declassamento” del matrimonio *same-sex* celebrato all'estero in unione civile secondo il diritto italiano costituisca una violazione dell'art. 8 sul rispetto alla vita familiare. Come abbiamo visto in precedenza, nel quadro della giurisprudenza della Corte Edu, il determinarsi di una situazione giuridica claudicante, cioè una situazione che produce effetto nell'ordinamento nel quale è stata creata, ma non nell'ordinamento (o negli ordinamenti) nel quale è destinata a svolgersi, può essere ritenuta in violazione della Convenzione⁶⁵. Il principio di continuità transfrontaliera degli *status* familiari non pare, tuttavia, potersi estendere *tout court* alla questione in esame poiché questo è stato ricostruito dalla dottrina con riferimento ad ipotesi di rifiuto del riconoscimento. Il declassamento del matrimonio determina, invece, una sorta di ridefinizione della tutela giuridica riservata alle coppie *same-sex*.

La giurisprudenza della Corte Edu pare indicare che la perdita del *nomen iuris* “matrimonio” non determini di per sé un'illegitima interferenza con il diritto alla vita familiare. Nella sentenza *Orlandi*, la Corte Edu ha osservato che l'istituto delle unioni civili offre alle coppie omosessuali la possibilità di ottenere uno *status* legale uguale o simile al matrimonio sotto molti aspetti. L'assimilabilità delle due forme giuridiche, porta quindi i giudici di Strasburgo a sostenere che la possibilità di trascrivere e riconoscere il matrimonio *same-sex* come unione civile è, in linea di massima, una condizione sufficiente per soddisfare lo *standard* di tutela offerto dalla Cedu⁶⁶.

Altre indicazioni sulla questione, possono trarsi dalla sentenza *Hämäläinen* del 2014, resa dalla Grande Camera della Corte Edu, in un caso avente a oggetto la c.d. “conversione forzata” del matrimonio in *partnership* registrata, a seguito della riassegnazione del genere di uno dei due coniugi⁶⁷. Per quanto la fattispecie posta all'attenzione dei giudici di Strasburgo non avesse implicazioni transfrontaliere, l'effetto che la legge finlandese prevede nell'ipotesi in cui uno dei coniugi ottenga una riassegnazione del genere in epoca successiva al matrimonio è comparabile a quello che si produce a seguito del declassamento del matrimonio fra persone dello stesso sesso concluso all'estero. Nella sentenza *Hämäläinen* del 2014 i giudici di Strasburgo hanno negato la sussistenza di una violazione della Cedu, sostenendo che il declassamento del matrimonio in una diversa unione familiare, che conserva del primo gli stessi diritti e doveri, realizza un'equilibrata ponderazione tra il diritto della persona transessuale a vedersi riconosciuta la propria identità sessuale e l'interesse dello Stato al mantenimento del modello eterosessuale del vincolo matrimoniale.

La questione non sembra tuttavia potersi dire risolta definitivamente. Nella sentenza *Orlandi*, infatti, la Corte Edu ritiene importante specificare di non sentirsi obbligata a esaminare se il livello di protezione offerto dalla disciplina delle unioni civili alle coppie omosessuali sia comparabile con quella offerta dai matrimoni conclusi all'estero, in quanto riscontra che i ricorrenti hanno nel corso del giudizio riconosciuto esplicitamente o implicitamente che anche la trascrizione del matrimonio come unione civile avrebbe soddisfatto le proprie aspirazioni. Nella sentenza *Hämäläinen* hanno escluso che la conversione forzata determinasse una violazione della Cedu solo dopo aver confrontato il contenuto delle discipline finlandesi sul matrimonio e sulla *partnership* registrata e valutato se il passaggio dal primo

dell'ordinamento competente ricostruito, come è noto, dal Prof. P. Picone in molteplici scritti, fra i quali, P. Picone, *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 1986.

65 A tali conclusioni è giunta, ad esempio, la Corte d'appello di Napoli nella decisione del 13 marzo 2015, cui si è accennato in precedenza nel testo. Secondo il giudice campano, infatti, il mancato riconoscimento comporterebbe la disapplicazione dell'art. 12 della Cedu sul diritto al matrimonio e pregiudicherebbe la libera circolazione delle persone quale espressione della cittadinanza europea (artt. 18 e 21 TFUE). La Corte ha quindi concluso per la trascrivibilità in Italia del matrimonio di cittadini appartenente a uno Stato dell'Unione europea, rilevando come il diritto di una coppia *same-sex* alla vita familiare non possa affievolirsi, nemmeno per uno solo dei coniugi al passaggio da uno Stato all'altro.

66 Corte Edu, *Orlandi e altri c. Italia*, cit. par. 194.

67 Corte Edu, sentenza del 16 luglio 2014, *Hämäläinen v. Finlandia*, ricorso n. 37359/09. La vicenda all'origine del caso riguardava un uomo che si era sottoposto a intervento per cambiamento del sesso. Tuttavia, la nuova identità di genere femminile non era stata riconosciuta dalle autorità finlandesi, con l'effetto che non era possibile per il ricorrente ottenere i documenti attestanti il mutamento di sesso, ciò perché il diritto finlandese, in queste circostanze, pone gli individui di fronte a una difficile alternativa: convertire, con il consenso dell'altro coniuge, il matrimonio in unione civile registrata oppure ottenere il divorzio. Per un commento alla decisione cfr. P. Pustorino, *Corte europea dei diritti dell'uomo e cambiamento di sesso: il caso Hämäläinen c. Finlandia*, 27 luglio 2014, e S. Falcetta, *Hämäläinen c. Finland: un approccio sostanzialistico unidirezionale*, 4 agosto 2014, entrambi in www.Articolo29.it, nonché González-Salzberg, Damián A., *Confirming (the Illusion of) Heterosexual Marriage: Hämäläinen v Finland (2015)*, in *Journal of International and Comparative Law*, 2015, vol. 2, n.1, pp. 173-186.

al secondo istituto avrebbe influito negativamente sui diritti dei membri della coppia, con particolare riguardo ai diritti di natura familiare e ai diritti di natura economica.

Nel quadro dell'ordinamento italiano, la disciplina delle unioni civili assume come modello di riferimento il matrimonio, sebbene vi siano delle differenze che sembrano dettate dalla preoccupazione di differenziare i due istituti piuttosto che da ragioni pratiche. La vicinanza di fondo dei due istituti è *peraltro esemplificata dalla clausola generale* di equivalenza, contenuta al comma 20° dell'art. 1 della legge n. 76/2006 che introduce una sorta di regime "a doppio binario": per la disciplina del codice civile vale il principio per cui trovano applicazione soltanto le norme espressamente richiamate⁶⁸; per quanto riguarda le leggi speciali vale il principio opposto, nel senso che le disposizioni che si riferiscono al matrimonio, con l'esclusione della legge sull'adozione, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile. Sulla base di tale ultima previsione si possono reputare estesi alle parti delle unioni civili i diritti e benefici di varia natura attualmente riconosciuti alle coppie coniugate (previdenziali, fiscali, assistenziali, nonché attinenti la materia sanitaria, giuslavoristica e dell'immigrazione)⁶⁹.

La comparabilità dell'unione civile con il matrimonio tradizionale potrebbe quindi portare ad escludere che il declassamento del matrimonio celebrato all'estero da italiani previsto dall'art. 32-bis della l. n. 218/1995 costituisca una illegittima interferenza con il diritto al rispetto alla vita familiare disciplinato dall'art. 8 Cedu. Non è chiaro tuttavia che rilevanza possa assumere, nella prospettiva della Corte Edu, la circostanza che nel nostro ordinamento la conversione avvenga in favore di un istituto che ha un diverso fondamento costituzionale rispetto al matrimonio (rispettivamente l'art. 2 e l'art. 29 Cost.), dal momento che già dal 2010 i giudici di Strasburgo hanno chiarito che le relazioni fra persone dello stesso sesso sono tutelate nell'ambito del diritto alla "vita familiare" di cui all'art. 8 Cedu⁷⁰.

Più in generale, l'orientamento della Corte Edu non sembra, allo stato attuale, tenere nella dovuta considerazione il fatto che le istanze delle coppie formate da persone dello stesso sesso per il riconoscimento del matrimonio hanno una portata che va oltre gli aspetti pratici, legati ai diritti e ai benefici di varia natura accordati alla coppia. Il termine "matrimonio" esprime in sé un valore apprezzabile sul piano sociale che non può essere realizzato da modelli giuridici che, sebbene affini o coincidenti sul piano delle conseguenze giuridiche, portino un *nomen iuris* diverso.

Negli Stati Uniti, la giurisprudenza nazionale e federale ha mostrato sensibilità sul tema, valutando illegittime, in ragione della contrarietà all'*equal protection clause*, le leggi statali che riconoscevano il diritto a formare *partnerships* registrate, equiparate al matrimonio sul piano degli effetti giuridici, ma che precludevano alla coppie omosessuali di accedere al matrimonio. Si è affermato, infatti, che è il nome stesso "matrimonio" a costituire elemento essenziale del diritto fondamentale delle coppie *same-sex* al riconoscimento di pari dignità sociale⁷¹. Si è osservato inoltre che mentre le unioni civili non sono un

68 Con riguardo alle disposizioni codicistiche le differenze più rilevanti rispetto al modello coniugale attengono alla filiazione, atteso che l'unione civile non può come tale costituire il fondamento di rapporti giuridici: viene pertanto esclusa la disciplina civilistica relativa alla presunzione di paternità, ai rapporti tra genitori e figli ed alla separazione personale dei coniugi. Altre attengono alla fase della costituzione del vincolo, in quanto non viene precisato la natura pubblica o privata della celebrazione, il contenuto delle reciproche dichiarazioni delle parti e il ruolo dell'ufficiale di stato civile. Ulteriori differenze, infine, riguardano la disciplina dello scioglimento dell'unione, che prescinde dal procedimento di separazione e che si può perfezionare dopo soli tre mesi, decorrenti da una semplice dichiarazione resa davanti all'ufficiale di stato civile, senza che le parti debbano addurre alcuna motivazione e senza che avvenga alcun controllo giudiziale in ordine all'intollerabilità della convivenza o al venir meno della comunione spirituale tra le parti. Con riguardo alla costituzione del vincolo familiare v. G. Casaburi, *La costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso*, in questa Rivista, 2016, n. 2, p. 62 ss.

69 In proposito G. Ferrando, *Le unioni civili*, cit., p. 13 osserva che per quanto il comma 20 precisi che «tali disposizioni si applicano "al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile (...) questa formula, forse nelle intenzioni limitativa, non limita nulla, tanta è la pervasività del richiamo all'intero compendio delle leggi speciali e dei diritti e doveri che da queste sono riconosciute ai coniugi ed ora ai *partner* di unioni civili». In senso analogo A. Schillaci, *Un buco nel cuore. L'adozione coparentale dopo il voto del Senato*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, sostiene come si tratti di una disposizione che impone ai giudici e alla pubblica amministrazione di interpretare in termini non discriminatori il contenuto delle diverse leggi che possono interessare le coppie *same-sex*.

70 Sul punto appare convincente quanto sostenuto da G. De Cristofaro, *Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso*, cit., p. 118 secondo il quale «non può né deve essere attribuita soverchia importanza alla statuizione del comma 1°, che definisce in termini di (mera) formazione sociale la coppia del medesimo sesso che abbia costituito una unione civile. Non è infatti certamente compito del legislatore ordinario individuare la corretta qualificazione di una fattispecie ai fini del suo inquadramento in questa o quella disposizione della Costituzione, sicché nulla impedirebbe in astratto di "sconfessare" tale qualificazione estendendo anche alle coppie che abbiano contratto una unione civile la tutela "rafforzata" di cui all'art. 29 Cost., in applicazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost (...)».

71 In questo senso nel caso *Perry c. Schwarzenegger*, (United States District Court for the Northern District of California. 704 F.Supp.2d 921, *Perry c. Schwarzenegger*, n. C 09-2292 VRW) la Corte Federale ha evidenziato che «*The evidence at trial shows*

istituto contemplato dalla Costituzione, e per questo potrebbero essere rimosse dall'ordinamento, al contrario, sarebbe impensabile che un legislatore qualsiasi abolisse il matrimonio, atteso che ciò costituirebbe una violazione non solo della Carta costituzionale, ma anche di numerosi strumenti internazionali e sovranazionali sui diritti fondamentali dell'uomo che al diritto di contrarre matrimonio fanno esplicito riferimento⁷².

Sul tema appare di notevole interesse la recentissima sentenza della Corte costituzionale austriaca con la quale è stato affermato che la distinzione fra matrimonio (riservato a coppie formate da persone di sesso diverso) e unione civile (riservato a coppie formate da persone dello stesso sesso) è discriminatoria e contraria al principio di uguaglianza⁷³. Secondo i giudici austriaci, con un diverso istituto giuridico e una diversa denominazione potrebbe essere reso chiaro a ogni persona che il significato della relazione personale riconosciuta come un'unione civile sia qualcosa di "diverso" o "minore" rispetto al matrimonio tradizionale e ciò nonostante le due relazioni siano, nell'intento del legislatore, sorrette dagli stessi valori. Persino con una conformazione dei presupposti e degli effetti giuridici completamente uguale nei due istituti, il mantenimento di una diversa denominazione potrebbe esprimere che le persone con orientamento omosessuale non siano ancora uguali alle persone di orientamento eterosessuale. Ciò potrebbe anche derivare dal fatto che, a causa della diversa denominazione dello *status* (sposato *versus* unito civilmente), le persone vincolate nel quadro di una unione civile *same-sex* debbano rendere pubblico il loro orientamento sessuale anche in contesti in cui questo non ha e non potrebbe avere alcun ruolo. Dal ragionamento della Corte pare emergere che un fattore decisivo per la decisione risiede nella progressiva assimilazione sociale e culturale delle *Eingetragene Partnerschaften* alle coppie coniugate, derivante anche dalle modifiche legislative del 2015 che hanno reso possibile la genitorialità congiunta delle coppie formate da persone dello stesso sesso attraverso l'adozione e l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

L'analisi della giurisprudenza *Orlandi e Hämäläinen* sembra indicare che, allo stato attuale, il declasamento del matrimonio in unione civile non sia considerato in violazione del diritto alla vita privata e familiare di cui all'art. 8 della Cedu almeno quando le differenze tra le due forme giuridiche non implicino un cambiamento essenziale nella sfera giuridica delle coppie omosessuali tale da pregiudicare loro la possibilità di continuare a godere della stessa protezione giuridica garantita dallo *status* matrimoniale. Tuttavia, a nostro avviso, ciò non elimina la possibilità che la Corte Edu possa essere chiamata a esaminare in dettaglio le differenze fra matrimonio e unione civile per verificare se l'eventuale esclusione da alcuni diritti previsti per il matrimonio sia giustificata nell'ottica della tutela del diritto al rispetto della vita familiare⁷⁴. Il mancato riconoscimento dei legami adottivi, ivi inclusa la c.d. *stepchild adoption*, profilo sul quale la legge sulle unioni civili pare non incidere, potrebbe, in tal senso, rappresentare il tema intorno al quale nel prossimo futuro la Corte Edu sarà chiamata a verificare la compatibilità del c.d. "*downgrade recognition*" con il diritto al rispetto della vita privata e familiare e con quello di sposarsi e fondare una famiglia, tutelati rispettivamente dagli artt. 8 e 12 della Cedu.

that domestic partnerships exist solely to differentiate same-sex unions from marriages. A domestic partnership is not a marriage; while domestic partnerships offer same-sex couples almost all of the rights and responsibilities associated with marriage, the evidence shows that the withholding of the designation "marriage" significantly disadvantages plaintiffs. The record reflects that marriage is a culturally superior status compared to a domestic partnership» (p. 116). A conclusioni analoghe sono giunte la Corte Suprema della California nel caso *Re Marriage Cases* (15 maggio 2008, 43, Cal. 4th 757, 2008) e la Corte Suprema Federale, nel caso *United States v. Windsor* (26 giugno 2013, 507 U.S. 2013). Tale orientamento è stato ulteriormente rinforzato dalla Suprema Corte Federale nella sentenza del 26 giugno 2015 (*Obergefell v. Hodges*, 26 giugno 2015, 576 US) nella quale è stato sostenuto che il diniego del diritto di sposarsi configura una violazione clausole del giusto processo e dell'eguale protezione giacché l'accesso allo *status* coniugale è funzionale a garantire l'autonomia individuale, il diritto fondamentale di sposarsi quale espressione della libertà della persona, i diritti dei figli e della famiglia e l'ordine sociale.

72 Corte Suprema della California, *In re Marriage Cases*, 43 Cal. 4th 757 (2008). Gli autori statunitensi hanno spesso impiegato l'espressione *separate but equal* per richiamare la dottrina elaborata nell'ambito del diritto costituzionale statunitense per giustificare il sistema di segregazione razziale. Diversi autori hanno rilevato delle analogie fra l'odierna questione relativa al *same-sex marriage* e quella del divieto del matrimonio interraziale (superato nel celebre caso *Loving v. Virginia* - 388 U.S. 1 del 1967), evidenziando come in entrambe le ipotesi la *ratio* della preclusione sia riconducibile all'esigenza di mantenere uno *status quo*. Sul tema, per tutti, v. A. Koppelman, *Why Discrimination Against Lesbians and Gay Men is Sex Discrimination*, in *New York University Law Review*, 1994, 197 ss.

73 Corte costituzionale della Repubblica federale austriaca, sentenza del 4 dicembre 2017, n. 258-2591, disponibile in *Articolo29*, www.articolo29.it.

74 In tal senso cfr. Corte Edu, sentenza del *Schalk and Kopf*, cit. par. 109, *Hämäläinen*, cit. 83 e *Chapin and Charpentier*, cit. par. 49 e 51.

7. Declassamento del matrimonio *same-sex* concluso all'estero e diritto dell'Unione europea

La questione del c.d. “*downgrade recognition*” del matrimonio celebrato all'estero è in grado di coinvolgere anche il diritto dell'Unione europea primario e derivato. Anche se l'Unione europea non ha competenze in materia di stato civile e di diritto di famiglia, almeno per gli aspetti sostanziali⁷⁵, gli Stati membri nell'esercizio delle proprie competenze hanno tuttavia l'onere di rispettare il diritto alla libera circolazione, quale libertà derivante dalla cittadinanza europea (artt. 21 e 20 TFUE) e da alcuni strumenti di diritto derivato, nonché il divieto di discriminazioni in ragione dell'orientamento sessuale, previsto dalla Direttiva 2000/78⁷⁶.

Tali garanzie vengono in rilievo ogniqualvolta ci si trovi di fronte a una fattispecie che ricade entro l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea. In linea di massima, gli individui che si trovano in una situazione “puramente interna” sono esclusi dai benefici che vengono attribuiti ai cittadini dell'Unione che esercitano o hanno esercitato in passato la libera circolazione delle persone. La necessaria presenza dell'elemento transfrontaliero esprime, in tal senso, il rispetto della divisione delle competenze del diritto dell'Unione europea e della sovranità degli Stati membri⁷⁷. Nel quadro dell'Unione, gli ostacoli alla libera circolazione non risiedono tanto nelle divergenze fra le discipline nazionali sul diritto di famiglia, quanto nella mancata accettazione delle attestazioni di stato civile o nel mancato riconoscimento degli *status* acquisiti in un altro Stato membro⁷⁸.

75 Il Trattato di Lisbona prevede la competenza di adottare misure concernenti il diritto di famiglia con implicazioni transfrontaliere, specificando che tali misure debbano essere adottate dal Consiglio all'unanimità (art. 81, par. 3). In quest'ambito, assume particolare rilievo il Regolamento (UE) 2016/1191 del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 2016 che promuove la libera circolazione dei cittadini semplificando i requisiti per la presentazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione europea e che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012. Tale strumento, che troverà applicazione nella sua interezza a decorrere dal 16 febbraio 2019, mira a porre rimedio al quadro giuridico frammentario a livello dell'Unione europea e internazionale con riguardo all'accettazione dei documenti pubblici, promuovendo la circolazione di alcune categorie di questi. A tal fine si prevede l'esenzione dalla legalizzazione e da formalità analoghe per i documenti pubblici (artt. 4 e 5) rilasciati dalle autorità di uno Stato membro conformemente alla sua legislazione nazionale che devono essere presentati alle autorità di un altro Stato membro al fine di comprovare, fra l'altro, il matrimonio (compresi la capacità di contrarre matrimonio e lo stato civile), il divorzio, la separazione personale o l'annullamento del matrimonio, l'unione registrata (compresa la capacità di sottoscrivere un'unione registrata e lo stato di unione registrata), lo scioglimento di un'unione registrata, la separazione personale o l'annullamento di un'unione registrata (art. 2). Il regolamento impone anche la semplificazione di altre formalità quali l'obbligo di presentare sempre copie autentiche e traduzioni di documenti pubblici, prevedendo la possibilità di ricorrere a moduli *standard* multilingue finalizzati a rendere più agevole la traduzione (artt. 6-12). Il regolamento comunque costituisce una riforma di portata meno rilevante rispetto a quanto prefigurato nel Libro verde del 2010 dal titolo “*Meno adempimenti amministrativi per i cittadini, Promuovere la libera circolazione dei documenti pubblici e il riconoscimento degli effetti degli atti di stato civile*” (COM(2010) 747 final) dal momento che non affronta i problemi legati alla continuità degli *status* personali. Ai sensi dell'art. 2, par. 4 lo strumento non si applica infatti «al riconoscimento in uno Stato membro degli effetti giuridici relativi al contenuto dei documenti pubblici rilasciati dalle autorità di un altro Stato membro». Sullo strumento v. M. Font i Mas, *La libera circolazione degli atti pubblici in materia civile: un passo avanti nello spazio giudiziario europeo*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2017, 1, pp. 104-125.

76 Sull'argomento, cfr. H.P. Mansel, *The Impact of the European Union's Prohibition of Discrimination and the Right of Free Movement of Persons on the Private International Law Rules of Member States – With Comments on the Sayn-Wittgenstein Case before the European Court of Justice*, in K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonideset (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, Eleven International Publishing-Schulthess, 2010, p. 291 ss.; J. Rijpma, N. Koffeman, *Free Movement Rights for Same-Sex Couples Under EU Law: What Role to Play for the CJEU?*, in D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino (eds.), *Same-Sex Couples*, cit., pp. 455-492; A. Tryfonidou, *EU Free Movement Law and the Legal Recognition of Same-Sex Relationships: The Case for Mutual Recognition*, in *Columbia Journal of European Law*, 21, 2014, pp. 195-248, i quali analizzano anche l'ipotesi che il diniego di riconoscimento dello *status*, accordato nello Stato membro di origine, possa comportare la violazione del diritto alla dignità umana garantito dall'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dall'Unione europea. Nella prospettiva dell'ordinamento italiano v. il recente contributo di S. Marinai, *Recognition in Italy of Same-Sex Marriages Celebrated Abroad: the Importance of a Bottom-Up Approach*, in *European journal of legal studies*, 2016, vol. 9, n. 1, pp. 10-37.

77 Il principio secondo cui la tutela dei diritti fondamentali dipende dall'applicabilità di una disposizione del Trattato al caso di specie o dall'avvenuta adozione di qualche strumento di diritto derivato in materia è, a tutt'oggi, soggetto a numerose critiche. In proposito, fra gli altri, v. X. Groussot; L. Pech, G. T. Petursson, *The Scope of Application of Fundamental Rights on Member States' Action: In Search of Certainty in EU Adjudication*, Czech Society for European and Comparative Law, Eric Stein Working Paper N.1/2011, Prague, 2011, pp. 1-36.

78 In proposito, G. P. Romano, *Conflicts and Coordination of Family Statuses: Towards their Recognition within the EU?*, in *Adoption: cross-border legal issues*, European Parliament, 2015, pp. 17-43, spec. p. 32, evidenzia come il prodursi di situazioni giuridiche “claudicanti” contraddice il motto dell'Unione europea che recita “uniti nella diversità”. Tali situazioni, infatti, non si asso-

Con riguardo alla mancata accettazione delle attestazioni di stato civile, già nel 1997, la Corte di Giustizia ha affermato nella sentenza *Dafeki* che, in assenza di armonizzazione in materia, le autorità amministrative e giurisdizionali dello Stato di destinazione/residenza del cittadino comunitario hanno l'obbligo di attenersi al contenuto dei documenti di stato civile rilasciati dallo Stato di cittadinanza, salvo che «la loro esattezza non sia gravemente infirmata da indizi concreti in relazione al singolo caso»⁷⁹. Tale principio, che impone il riconoscimento reciproco di atti pubblici certificanti *status* personali, vale in tutte le ipotesi in cui lo stato civile dell'individuo sia presupposto legittimante rispetto a una situazione giuridica soggettiva comunitaria. Per quanto da questa decisione non possa dedursi l'esistenza di un obbligo di portata generale che impone di trascrivere i certificati di matrimonio rilasciati da autorità di altri Stati membri, pare potersi evincere che la Corte di giustizia, al fine di garantire l'esercizio dei diritti di libera circolazione, ritenga importante che anche gli atti pubblici possano circolare liberamente.

Con riguardo al riconoscimento degli *status* familiari, appare opportuno evidenziare che le interferenze all'effettivo esercizio del diritto alla libera circolazione possono derivare non soltanto dal diniego di riconoscimento di uno *status* validamente acquisito in uno Stato membro dell'Unione, ma anche dal declassamento di un determinato *status* personale in un altro meno tutelato. Difatti, tutti coloro che hanno acquisito uno *status* familiare nello Stato membro A possono essere scoraggiati a spostarsi verso lo Stato membro B, nell'ipotesi in cui tale secondo Stato membro "converta" lo *status* familiare acquisito nel primo Stato. Questo aspetto interessa anche l'ordinamento italiano poiché l'impiego della tecnica del *downgrade recognition* comporta, in linea di massima, la riduzione della portata degli effetti del modello straniero. Per tale ragione, un matrimonio *same-sex* di diritto olandese sarà, ad esempio, "privato" dell'obbligo di fedeltà, che non è previsto dalla legge italiana sulle unioni civili.

Sebbene la Corte di Giustizia non sia mai stata interpellata in ordine a casi che riguardavano il diritto alla libera circolazione delle coppie formate da persone dello stesso sesso, la dottrina, prendendo spunto primariamente da alcuni casi decisi in materia di diritto al nome, ha ricostruito un principio volto ad affermare anche nel quadro dell'Unione europea la continuità transnazionale degli *status* personali e familiari validamente sorti all'estero⁸⁰. Il principio di mutuo riconoscimento degli *status* familiari può ricostruirsi sulla base di un'interpretazione funzionale di alcune disposizioni dei Trattati dell'Unione europea e della Cedu. In primo luogo, il diritto di circolare, soggiornare e di risiedere liberamente sul territorio degli Stati membri (art. 21 TFUE) e lo *status* di cittadino europeo (art. 20 TFUE) possono essere letti congiuntamente al fine di ricavare il diritto dei cittadini dell'Unione di portare con sé lo *status* validamente acquisito nello Stato di origine. In secondo luogo, il mutuo riconoscimento delle situazioni personali e familiari è uno strumento appropriato e indispensabile per rendere effettivi l'obbligo del rispetto della vita familiare tutelato dall'art. 8 Cedu. In terzo luogo, il rifiuto di riconoscere lo *status* della persona validamente stabilito dallo Stato membro di origine è, in alcuni casi, suscettibile di determinare discriminazione dell'individuo sulla base della nazionalità (art. 18 TFUE). Infine, l'obbligo di cooperazione leale fra l'Unione e gli Stati membri può avvalorare l'affermazione del principio non scritto del riconoscimento degli *status* personali (art. 4 TUE).

Le decisioni più indicative in questo senso risultano la sentenza *Garcia Avello* del 2003, *Grunkin e Paul* del 2008 e *Freitag* del 2017. Nella sentenza *Garcia Avello* del 2003 la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sul rigetto da parte dell'autorità amministrativa del Belgio (Stato di nascita e di residenza dei due minori, in possesso di doppia cittadina belga e spagnola) di modificare il loro cognome, in favore di quello che gli sarebbe stato attribuito dal diritto spagnolo. La Corte ha in tale occasione affermato che «è pacifico che una simile situazione di diversità di cognomi è tale da generare per gli interessati seri inconvenienti di ordine tanto professionale quanto privato, derivanti, in particolare, dalle difficoltà di fruire, in uno Stato membro di cui hanno la cittadinanza, degli effetti giuridici di atti o di documenti redatti con il cognome riconosciuto nell'altro Stato membro del quale possiedono la cittadinanza»⁸¹.

ciano a quella "diversità" che si risolve in unità, armonia e ricchezza, ma a una diversità che genera conflitto, discordia e divisione fra Stati membri riguardo ai diritti e agli obblighi dei cittadini e dei residenti nell'Unione europea. Di conseguenza gli Stati membri dovrebbero avere interesse a evitare ai loro cittadini e residenti il disagio, la confusione e il disordine che deriva dalla mancanza di coordinamento nel diritto di famiglia con implicazioni transfrontaliere.

79 Corte di Giustizia Ce, sentenza del 2 dicembre 1997, causa C-60/00, *Eftalia Dafeki contro Landesversicherungsanstalt Württemberg* (ECLI:EU:C:1997:579).

80 Sull'argomento, cfr. G. Rossolillo, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, Cedam, 2002, p. 223 ss.; R. Baratta, *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, in P. Picone (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2004, 199; Id., *La reconnaissance internationale*, cit., p. 257 ss., in particolare p. 443 ss.; L. Tomasi, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2007, p. 55 ss.; A. Bucher, *La dimension sociale du droit international privé*, cit., p. 360 ss.

81 Corte di giustizia Ce, sentenza del 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Carlos Garcia Avello contro Stato belga* (ECLI:EU:C:2003:539)

Similmente, nel caso *Grunkin e Paul* del 2008, la Corte ha dichiarato che l'art. 21 TFUE «osta a che le autorità di uno Stato membro, in applicazione del diritto nazionale, rifiutino di riconoscere il cognome di un figlio così come esso è stato determinato e registrato in un altro Stato membro in cui tale figlio – che, al pari dei genitori, possiede solo la cittadinanza del primo Stato membro – è nato e risiede sin dalla nascita»⁸².

La giurisprudenza cui si è appena fatto riferimento ha trovato conferma nel recente caso *Freitag* del 2017, originato dal diniego opposto da un ufficiale dello stato civile di un comune tedesco alla richiesta di riconoscimento e di trascrizione nei registri dello stato civile del nome, legalmente ottenuto da un cittadino tedesco in un altro Stato membro di cui egli possedeva parimenti la cittadinanza. Il provvedimento era motivato in ragione dell'esistenza di una disposizione di diritto internazionale privato materiale che subordinava la possibilità di chiedere la trascrizione alla condizione che detto nome fosse stato acquisito nel corso di un periodo nel quale l'interessato avesse la residenza abituale in tale altro Stato membro⁸³. Anche in questa circostanza il rifiuto di riconoscere e di trascrivere nel registro dello stato civile il nome è stato ritenuto incompatibile con il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

Sebbene le decisioni afferiscano tutte al diritto al nome, occorre evidenziare che i giudici di Lussemburgo hanno incentrato il proprio ragionamento sul «*serious inconvenience*» che gli interessati devono sopportare in conseguenza del mancato riconoscimento del cognome registrato all'estero. Poiché il declassamento di un matrimonio *same-sex* può causare ai membri della coppia inconvenienti altrettanto gravi quanto quelli cui vanno incontro gli individui in ragione del mutamento del cognome, non appare inverosimile ritenere che quanto sostenuto dalla Corte di giustizia, con riguardo al diritto al nome, possa estendersi al riconoscimento delle coppie formate da persone dello stesso sesso⁸⁴. Il principio della continuità transazionale degli *status* familiari, alla luce dei ragionamenti sviluppati dalla Corte, sembra in grado di manifestarsi in via generale per garantire il riconoscimento intracomunitario degli *status*, ivi compreso quello di coniuge nell'ambito di una relazione *same-sex*⁸⁵. Il principio in parola imporrebbe agli Stati membri il riconoscimento reciproco degli *status* sorti direttamente *ex lege* o in virtù di un atto della pubblica autorità, al fine di permettere che le persone che esercitano il diritto di circolazione entro il territorio dell'Unione Europea possano oltrepassare le frontiere portando con sé lo *status* personale e familiare acquisito nello Stato di origine.

Il principio della continuità transazionale degli *status* familiari non riveste carattere assoluto, potendo incontrare dei limiti nel caso in cui la situazione giuridica oggetto del riconoscimento non presenti alcun collegamento con lo Stato di origine o nel caso di compromissione dell'efficacia delle politiche pubbliche di uno Stato. Eventuali considerazioni oggettive correlate all'ordine pubblico sono, infatti, idonee a giustificare un rifiuto di riconoscimento dello *status* costituito all'estero. A questo proposito, la Corte ha già precisato che non è indispensabile che la misura restrittiva adottata dalle autorità di uno Stato membro corrisponda a una concezione condivisa da tutti gli Stati membri in relazione alle modalità di tutela del diritto fondamentale o del legittimo interesse in gioco e che, anzi, la necessità e la proporzionalità delle disposizioni adottate in materia non sono escluse per il solo fatto che uno Stato membro abbia scelto un regime di tutela diverso da quello adottato da un altro Stato membro⁸⁶. Di contro, l'ordine pubblico può essere invocato soltanto in caso di minaccia reale e sufficientemente grave a uno degli interessi fondamentali della collettività e rimane comunque assoggettato al controllo delle istituzioni dell'Unione europea⁸⁷.

82 Corte di giustizia Ce, sentenza del 14 ottobre 2008, causa C-353/06, *Stefan Grunkin e Dorothee Regina Paul* (ECLI:EU:C:2008:559).

83 Corte di giustizia Ue, sentenza del 8 giugno 2017, causa C-541/15, *Mircea Florian Freitag* (ECLI:EU:C:2017:432).

84 Così G. Biagioni, *On Recognition of Foreign Same-Sex Marriages and Partnerships*, in D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino, (eds.) *Same-Sex Couples*, cit. pp. 376-377.

85 In tal senso, L. Tomasi, *La tutela degli status familiari*, cit., spec. pp. 95 ss. e 325 ss.; R. Baratta, *La reconnaissance internationale*, cit., p. 420 ss.

86 In proposito Corte di giustizia Ue, *Stefan Grunkin e Dorothee Regina Paul*, cit. e sentenza del 22 dicembre 2010, causa C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein contro Landeshauptmann von Wien*, par. 86. Si veda in proposito C. Campiglio, *L'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in materia familiare*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 279 ss.

87 In proposito, J. Rijpma & N. Koffeman, *Free Movement Rights for Same-Sex Couples Under EU Law: What Role to Play for the CJEU?*, in D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino (eds.), *Same-Sex Couples*, cit., p. 483, osserva che la compressione del diritto di libera circolazione come conseguenza del mancato riconoscimento della relazione *same-sex* difficilmente potrà essere reputata proporzionata perché limita i diritti fondamentali di una minoranza sessuale e per altro verso non sembra perseguire un obiettivo diverso rispetto a quello che può essere ricondotto alla nozione di identità nazionale.

Analogamente alla Corte Edu, la Corte di giustizia non prende posizione sulla compatibilità in astratto del diritto internazionale privato dello Stato del riconoscimento con il diritto dell'Unione Europea, limitandosi a verificare se il rifiuto di riconoscere lo *status* personale costituisca o meno un ostacolo alla libera circolazione delle persone prevista dal Trattato e, nel caso di risposta affermativa, se l'ostacolo possa reputarsi giustificabile. Il principio della continuità transazionale degli *status* familiari, dunque, non incide "direttamente" sulla norma di conflitto, ma indirettamente, ovvero soltanto nella misura in cui l'ordinamento preso in considerazione nel suo complesso conduca all'applicazione di un diritto materiale che determini una restrizione della libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione europea. Tale peculiarità, evidenziata in più occasioni dalla dottrina, trova conferma nel caso *Freitag* del 2017 in cui la Corte, dopo aver affermato l'incompatibilità con l'art. 21 del TFUE della disposizione nazionale di diritto internazionale privato sulla base della quale era stato disposto il diniego, affida al giudice nazionale il compito di valutare se esistano nell'ordinamento altre disposizioni che rendono possibile il riconoscimento di detto nome⁸⁸.

Nel quadro del diritto alla libera circolazione dei cittadini dell'unione, viene in considerazione la Direttiva 2004/38 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Tale strumento si fonda sul presupposto secondo il quale l'ingresso e il soggiorno nel territorio degli Stati membri di cittadini di Stati terzi, familiari di cittadini di Stati membri, è fondamentale per garantire la tutela della vita familiare dei cittadini europei e per consentire l'effettivo esercizio della libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini dell'Unione⁸⁹. L'estensione dei benefici ai familiari del cittadino dell'unione è, in tal senso, una condizione indispensabile affinché la libertà di circolazione e soggiorno possa essere esercitata in oggettive condizioni di autonomia e di dignità.

Fra i familiari che beneficiano del diritto di essere ammessi nel territorio dello Stato ospitante, ai sensi della direttiva 2004/38, viene annoverato il "coniuge" del migrante. Poiché il matrimonio è in alcuni degli Stati membri ridefinito in termini *gender-neutral*, l'interpretazione letterale dell'art. 2, par. 2 lett. a) della direttiva porta a ritenere che entro la nozione di "coniuge" debbano essere ricondotti anche i coniugi *same-sex*⁹⁰. Nel quadro dell'ordinamento dell'Unione europea, la questione rimane irrisolta poiché, in mancanza di una definizione del termine "coniuge", non risulta chiaro se il diritto dell'Unione possa imporre allo Stato ospitante di ammettere automaticamente sul suo territorio il coniuge dello stesso sesso dei cittadini di altri Stati membri che si trasferiscono nel suo territorio. Un contributo importante per dirimere la questione dovrebbe ricavarsi dalla decisione sul caso *Coman e altri*, attualmente pendente davanti alla Corte di Giustizia Ue⁹¹. I giudici di Lussemburgo dovranno, infatti, valutare, ai fini della concessione del diritto di soggiorno, se il termine «coniuge», di cui all'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/38/CE, letto alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione

88 Il principio del mutuo riconoscimento, inizialmente affermatosi nel contesto della libera circolazione delle merci e dei servizi, si risolve in un meccanismo speciale di coordinamento volto a imporre a ciascuno Stato dell'Unione l'obbligo di riconoscere la situazione giuridica esistente nello Stato membro di origine della stessa. Tale principio, secondo G. Rossolillo, *Mutuo riconoscimento*, cit. p. 44 ss., può essere ricondotto a una regola di *conflict de systèmes*, improntata al metodo del riferimento all'ordinamento competente. In questo senso, il principio implicherebbe la rinuncia dello Stato del riconoscimento (o di destinazione) al controllo della legge applicata alla situazione giuridica nello Stato competente (o di origine) e determinerebbe un rinvio "in blocco" alle valutazioni dello Stato competente, ai fini della configurazione dello *status* giuridico della persona «in libera circolazione» e l'obbligo per gli altri Stati di riconoscere le situazioni ivi costituite, ma anche quelle create in Stati terzi e riconosciute nell'ordinamento competente. Sulla questione cfr. F. Marongiu Buonaiuti, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche*, cit., p. 87, il quale osserva che il principio del mutuo riconoscimento, desunto dalla Corte di giustizia in via interpretativa dalle norme primarie dei Trattati in materia di cittadinanza europea e di libertà di circolazione, può inquadrarsi nei metodi di carattere esclusivamente o, comunque, prevalentemente materiale ed è destinato a operare come correttivo alle tradizionali regole e meccanismi propri del diritto internazionale privato tradizionale.

89 Fra le tante v. Corte di Giustizia Ce, sentenza del 11 luglio 2002, causa C-60/00, *Mary Carpenter contro Secretary of State for the Home Department*, p. 38 (ECLI:EU:C:2002:434); sentenza del 25 luglio 2002, causa C-459/99, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) contro Stato belga*, p. 53 (ECLI:EU:C:2002:461); sentenza del 14 aprile 2005, causa C-157/03, *Commissione delle Comunità europee contro Regno di Spagna* (ECLI:EU:C:2005:225), p. 26; sentenza del 31 gennaio 2006, causa C-503/03, *Commissione delle Comunità europee contro Regno di Spagna*, p. 41 (ECLI:EU:C:2006:74); sentenza del 27 aprile 2006, causa C-441/02, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania* (ECLI:EU:C:2006:253), p. 109, e sentenza del 11 dicembre 2007, causa C-291/05, *Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie contro R. N. G. Eind* (ECLI:EU:C:2007:771), p. 44.

90 Sul punto v. S. Titshaw, *Same-Sex Spouses Lost in Translation? How to Interpret "Spouse" in the E.U. Family Migration Directives*, in *Boston University International Law Journal*, 2016, p. 47 ss.

91 Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Curtea Constituțională a României (Romania) il 30 dicembre 2016, *Coman e a.*, causa C-673/16.

europea, comprenda anche il coniuge dello stesso sesso, proveniente da uno Stato che non è membro dell'Unione europea, con il quale il cittadino europeo si è legittimamente sposato, in base alla legge di uno Stato membro diverso da quello ospitante.

Nell'ambito dell'ordinamento italiano, l'equiparazione, seppure non piena, dei membri delle unioni civili ai coniugi, prevista dall'art. 1, comma 20 della legge n. 76/2016, consente al membro di una coppia formata da persone dello stesso sesso, unita a seguito di un matrimonio concluso all'estero o di un'unione civile, di richiedere il nulla osta al ricongiungimento familiare a favore del proprio *partner* in applicazione degli artt. 29 e ss. del d. lgs. 286/98 (c.d. Testo Unico sull'immigrazione). Tale apertura nella direzione della concessione del ricongiungimento familiare trova conferma nella circolare n. 3511 del 5 agosto 2016 del Ministero dell'Interno che fornisce indicazioni operative agli Sportelli Unici per l'Immigrazione delle Prefetture ai fini del rilascio del nulla osta al ricongiungimento familiare⁹².

Nel quadro del diritto dell'Unione europea, il "declassamento" del matrimonio fra persone dello stesso sesso contratto all'estero potrebbe parimenti interferire con il divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale, derivante dalla Direttiva n. 2000/78/Ce che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, ogniqualvolta tale cambiamento di *status* comporti la perdita di un qualche beneficio collegato all'attività lavorativa⁹³. Occorre tuttavia precisare che il problema non consiste nella perdita dei benefici e diritti che la coppia può vantare nel suo Stato di origine. Il diritto dell'Unione europea non richiede, infatti, allo Stato ospitante di accordare ai cittadini dell'Unione che hanno esercitato il diritto di libera circolazione i medesimi benefici sociali e fiscali di cui questi godono nel loro Stato di origine. La questione risiede, invece, nell'eventuale discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale che la coppia può subire in conseguenza del diniego o del "parziale" riconoscimento dello *status* da parte dello Stato ospitante. Occorre pertanto solamente valutare se la coppia *same-sex* sia trattata in modo meno favorevole rispetto alle coppie formate da persone di sesso opposto che si trovano in una situazione paragonabile.

Il tema è stato inizialmente affrontato dalla Corte di Giustizia UE nelle decisioni *Maruko* del 2008 e *Römer* del 2011⁹⁴. In tali decisioni i giudici di Lussemburgo hanno affermato che, nel caso in cui la condizione giuridica delle coppie unite civilmente sia equiparabile a quella dei coniugi, il diniego di tale prestazione viola la Direttiva n. 2000/78/Ce, quando questa è invece concessa a un coniuge superstite. Al fine di verificare la violazione del principio di non discriminazione, le situazioni poste a confronto, cioè quella dei coniugi eterosessuali e quella dei partner del medesimo sesso, devono essere comparate, non in astratto, ma sotto il profilo dello specifico diritto di cui si tratta⁹⁵.

Tale orientamento giurisprudenziale è stato ulteriormente sviluppato nella decisione *Hay* in cui la Corte ha affermato che la Direttiva n. 2000/78/Ce impone che un determinato beneficio, concesso con l'acquisizione dello *status* coniugale, non possa essere negato a un lavoratore dipendente unito in un *pacte civil de solidarité* di diritto francese con una persona del medesimo sesso quando la normativa nazionale dello Stato membro interessato non consente alle persone del medesimo sesso di sposarsi,

92 È di tale avviso, C. Ragni, *L'impatto della introduzione delle unioni civili e delle convivenze di fatto sugli obblighi assunti dall'Italia in ambito europeo*, in *Eurojus*, 6 giugno 2016, che sottolinea come ciò dovrebbe tradursi in una maggiore apertura verso la concessione del ricongiungimento familiare a partner dello stesso sesso, con il conseguente definitivo superamento dell'atteggiamento di chiusura espresso finora dalla Cassazione (Corte di cassazione, sent. 17 marzo 2009, n. 6441), secondo cui: «in tema di diritto dello straniero al ricongiungimento familiare, il cittadino extracomunitario legato ad un cittadino italiano ivi dimorante da un'unione di fatto debitamente attestata nel paese d'origine del richiedente, non può essere qualificato come "familiare" ...».

93 Sull'argomento v. M. Fichera, *Same-Sex Marriage and the Role of Transnational Law: Changes in the European Landscape*, in *German Law Journal*, 2016, n. 17, p. 401 ss.

94 Corte di Giustizia Ce, sentenza del 1° aprile 2008, C-267/06, *Tadao Maruko contro Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* (ECLI:EU:C:2008:179) e sentenza del 10 maggio 2011, C-147/08, *Jürgen Römer contro Freie und Hansestadt Hamburg*, (ECLI:EU:C:2011:286). In tali due casi la questione riguardava una prestazione in favore del *partner* superstite, prevista da un regime previdenziale di categoria. Per un più ampio commento a dette decisioni v. M. M. Winkler, *I trattamenti pensionistici delle coppie dello stesso sesso nell'Unione europea: il caso Römer*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, n. 10, pp. 1980-1996; E. Howard, *An Opportunity Missed? Comment on Römer*, in *European Law Review*, 2011, n. 36, pp. 586-596; F. Rizzi, *Il caso Römer: l'ancora modesto contributo del diritto europeo all'affermazione dell'eguaglianza sostanziale per le coppie omosessuali*, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, n. 4, 2011, pp. 814-824.

95 Il raffronto tra le situazioni deve essere fondato su un'analisi incentrata sui diritti e sugli obblighi dei coniugi e dei partner dell'unione civile registrata, quali risultanti dalle disposizioni nazionali applicabili e che appaiono pertinenti alla luce della finalità e dei presupposti di concessione della prestazione controversa nella causa principale, e non deve consistere nel verificare se il diritto nazionale abbia operato un'equiparazione generale e completa, sotto il profilo giuridico, dell'unione civile registrata rispetto al matrimonio. In tal senso, cfr. Corte di giustizia nel caso *Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*, cit. pp. 41-43, e nel caso *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, cit. p. 67-73.

nel caso in cui, alla luce della finalità e dei presupposti di concessione di tali benefici, detto lavoratore si trova in una situazione analoga a quella di un lavoratore che contragga matrimonio⁹⁶. Nella giurisprudenza *Maruko* e *Römer* la Corte non proponeva una propria valutazione dei due istituti giuridici, ma riscontrava semplicemente che una sostanziale analogia era stata affermata a livello nazionale. La decisione *Hay* rappresenta un passo in avanti poiché i giudici di Lussemburgo non si sono limitati ad acquisire l'interpretazione del legislatore e del giudice nazionale, ma hanno proposto una propria valutazione, sottolineando che tanto il matrimonio quanto il *pacte civil de solidarité* rispondono all'esigenza delle coppie di organizzare la vita comune e che la condizione delle coppie omosessuali è assimilabile a quella delle coppie eterosessuali che decidono di sposarsi.

Con riguardo alle fattispecie che non rientrano nel campo di applicazione della direttiva 2000/78, l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sul diritto alla non discriminazione può venire in soccorso, ma ciò a condizione che la situazione considerata ricada nell'ambito della competenza dell'Unione europea. Nel quadro dell'ordinamento italiano il declassamento del matrimonio in unione civile non pare determinare discriminazioni in base all'orientamento sessuale ai sensi del D.lgs. n. 216/2003 che ha recepito la direttiva 2000/78. L'assimilazione fra unione civile e matrimonio disposta dalla legge n. 76/2016 con riferimento all'applicazione dei contratti collettivi (art. 1, commi 13 e 20) impone, infatti, una piena equiparazione di trattamento tra gli uniti civilmente e i coniugi in materia di lavoro e di occupazione, ivi inclusi i regimi previdenziali.

8. Conclusioni

A seguito dell'adeguamento della normativa di diritto internazionale privato e della normativa sull'ordinamento dello stato civile, può dirsi certamente superato l'orientamento giurisprudenziale che negli ultimi anni ha negato la possibilità di trascrivere un matrimonio *same-sex* contratto all'estero da cittadini italiani. Le intervenute modifiche alla disciplina sull'ordinamento di stato civile e sul diritto internazionale privato consentono, infatti, di riconoscere e di trascrivere i matrimoni conclusi all'estero da un cittadino italiano con persona dello stesso sesso (anche di cittadinanza diversa) tramite la tecnica internazionaleprivatistica della c.d. *downgrade recognition*, ovvero della "conversione" o "declassamento" del matrimonio "straniero" nell'unione civile di diritto interno.

La soluzione adottata dal legislatore, a nostro avviso, non sembra in grado di dipanare del tutto le incertezze giuridiche che per lungo tempo hanno contraddistinto il tema. In proposito, occorre preliminarmente osservare come il c.d. *downgrade recognition* del matrimonio non rappresentasse una scelta obbligata per il nostro legislatore come dimostrano le esperienze di quegli ordinamenti stranieri che consentono il riconoscimento dei matrimoni *same-sex* conclusi all'estero come veri e propri matrimoni anche in mancanza di una disciplina materiale sulle unioni *same-sex*. Ancor più significativa, in tal senso, è la formulazione dell'art. 32-bis della legge n. 218/1995 che limita il "declassamento" del matrimonio alle coppie formate da almeno un cittadino italiano, consentendo quindi "implicitamente" che i matrimoni *same-sex* conclusi da cittadini stranieri possano essere riconosciuti come tali.

Tale soluzione, a nostro avviso, determina una *reverse discrimination* in danno alle coppie in cui almeno uno dei membri sia cittadino italiano. La ragione del *downgrade* risiederebbe, infatti, nel tentativo di evitare comportamenti elusivi della disciplina italiana, che si realizzerebbero quando una situazione "totalmente italiana" sia stata deliberatamente trasformata in "transnazionale" allo scopo di applicare un regime giuridico non previsto dalla legge italiana. L'obiettivo perseguito dalla disposizione non appare tuttavia essere conseguito, poiché l'alveo di applicazione della norma ricomprende irragionevolmente ipotesi molto diverse fra loro: il cittadino italiano che ha lasciato il nostro paese soltanto temporaneamente e al solo fine di acquisire lo status previsto dall'ordinamento straniero (*evasion scenario*); il cittadino italiano che al momento della conclusione del matrimonio risultava già abitualmente residente all'estero e che solo in seguito ha deciso di fare ritorno nel paese di appartenenza (*change of residence scenario*).

Con riferimento alla giurisprudenza della Corte Edu, non pare che il declassamento del matrimonio in unione civile possa essere reputato in violazione del diritto alla vita privata e familiare di cui all'art.

96 Corte di Giustizia, sentenza del 12 dicembre 2013, C-267/12, *Frédéric Hay contro Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres* (ECLI:EU:C:2013:823). L'oggetto del giudizio era una disposizione di un contratto collettivo in base alla quale ad un lavoratore dipendente unito in un patto civile di solidarietà con una persona del medesimo sesso venivano negati alcuni benefici in ambito lavorativo, segnatamente giorni di congedo straordinario e premio stipendiale, concessi invece ai dipendenti in occasione del loro matrimonio.

8 Cedu in quanto le differenze fra le due forme giuridiche non sembrano implicare un cambiamento essenziale nella sfera giuridica delle coppie *same-sex*, dal momento che gli effetti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso secondo la legge n. 76/2016 sono assimilabili a quelli del matrimonio civilistico.

Il "metodo del consenso", impiegato dalla Corte per ridefinire la nozione di vita familiare, determina una relazione circolare tra normativa della Cedu e leggi nazionali, alla luce della quale al cambiamento delle seconde corrisponde, in linea di massima, una interpretazione evolutiva della prima. In tal senso, il costante aumento del numero di ordinamenti che consentono alle coppie formate da persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio potrebbe nel prossimo futuro portare la Corte Edu ad affermare l'esistenza di un obbligo di riconoscere i matrimoni conclusi all'estero come tali, quale espressione del principio di continuità transfrontaliera degli *status* personali e presa di coscienza che il matrimonio esprime in sé un valore apprezzabile sul piano sociale che non può essere realizzato da modelli giuridici che, sebbene affini o coincidenti sul piano delle conseguenze giuridiche, abbiano un *nomen iuris* diverso.

Nella prospettiva del diritto dell'Unione europea, il risultato del "declassamento" del matrimoni *same-sex* previsto dalla normativa italiana non è, a nostro avviso, incompatibile con la direttiva 2004/38 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri e con la direttiva n. 2000/78 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, dal momento che la clausola di equiparazione contenuta nell'art. 1, comma 20 della legge n. 76/2016 assimila la posizione delle coppie unite civilmente a quella delle coppie sposate, ai fini dell'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare e del divieto di discriminazioni in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

Resta da vedere se la Corte di Giustizia valuterà, nel prossimo futuro, gli inconvenienti che patiscono le coppie a seguito del declassamento del matrimonio concluso all'estero ammissibili in relazione al principio di mutuo riconoscimento degli *status* familiari che si è affermato sulla base di un'interpretazione funzionale del diritto di circolare, soggiornare e di risiedere liberamente sul territorio degli Stati membri (art. 21 TFUE) dello *status* di cittadino europeo (art. 20 TFUE) e del divieto di discriminazione sulla base della nazionalità (art. 18 TFUE). In tal senso, appare decisivo considerare se il mantenimento del "regime differenziato", in cui le coppie *same-sex* hanno a disposizione le unioni civili mentre le coppie formate da persone di sesso diverso hanno a disposizione il matrimonio, possa essere ritenuto espressione di un interesse fondamentale della collettività e, in caso di risposta positiva, come detto interesse statale verrà bilanciato con i diritti garantiti dai Trattati dell'Unione.

È evidente che l'eventuale affermazione della prevalenza del principio di continuità transnazionale degli *status* familiari sulla scelta legislativa degli Stati membri di optare per un "regime differenziato" avrebbe delle implicazioni anche rispetto alle coppie *same-sex* che si trovano in una situazione puramente interna. Nell'ipotesi in cui uno Stato riconosce il matrimonio concluso all'estero alle coppie che si sono trasferite entro il suo territorio, in ragione dell'esistenza di un obbligo riconducibile a fonti esterne all'ordinamento statale, è improbabile che non deciderà di fare lo stesso nei confronti delle coppie che si trovano in situazioni in cui non sussistano elementi di transnazionalità, anche se ciò non è imposto dal diritto sovranazionale.

La questione del riconoscimento dei matrimoni *same-sex* conclusi all'estero rimane pertanto quanto mai attuale, anche perché la costante crescita del fenomeno della mobilità delle persone porterà l'ordinamento italiano, in particolare le autorità amministrative e giurisdizionali, sempre più spesso a confrontarsi con vicende transfrontaliere che interessano il tema. In un mondo globalizzato e, ancor di più, in uno spazio "sprovvisto" di frontiere interne come l'Unione europea è, infatti, probabile che i membri di una coppia *same-sex* possano accedere al matrimonio e che gli stessi, successivamente, chiedano di fare valere i relativi diritti all'interno dell'ordinamento italiano. Il costante aumento del numero di ordinamenti che consentono alle coppie formate da persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio rende ancor più plausibile tale eventualità.

Osservatorio documenti

Corte Interamericana dei Diritti Umani

Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión consultiva oc-24/17 (solicitada por la República de Costa Rica), 24 Noviembre 2017¹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “el Tribunal”)... *omissis*... emite la siguiente Opinión Consultiva

... *omissis*...

1. El 18 de mayo de 2016 la República de Costa Rica (en adelante “Costa Rica” o el “Estado solicitante”), con fundamento en los artículos 64.1 y 64.2 de la Convención Americana y de conformidad con lo establecido en los artículos 70 y 72 del Reglamento, presentó una solicitud de opinión consultiva sobre la interpretación y alcance de los artículos 11.2, 18 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1 del mismo instrumento (en adelante “la solicitud” o “la consulta”). En particular, Costa Rica presentó la solicitud de opinión consultiva con el fin de que el Tribunal se pronuncie sobre:
 - a. “[L]a protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una”.
 - b. “[L]a compatibilidad de la práctica que consiste en aplicar el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica, Ley no 63 del 28 de setiembre de 1887, a las personas que deseen optar por un cambio de nombre a partir de su identidad de género, con los artículos 11.2, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención”.
 - c. “[L]a protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo”.
2. Costa Rica expuso las consideraciones que originaron la consulta y señaló que:

“[e]l reconocimiento de los derechos humanos derivados de la orientación sexual e identidad de género se ha caracterizado como un proceso disímil en los diferentes Estados integrantes del Sistema Interamericano”. Señaló que “[e]s posible vislumbrar un amplio espectro de casos, desde países que han reconocido de manera plena derechos a las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersex, hasta aquellos Estados miembros que, al día de hoy, mantienen vigentes leyes prohibitivas contra cualquier forma de vivencia y expresión contraria a la heteronormatividad o bien, han sido omisos en el reconocimiento de los derechos relativos a estas poblaciones”.

1 Il testo è riportato senza note. Si può consultare il testo completo su www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=en.

Asimismo, “reconoc[ió] que la [...] Corte IDH en los casos *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* y *Duque vs. Colombia*, determin[ó] como una categoría de discriminación protegida por la Convención, las actuaciones que denigren a las personas en razón tanto de la identidad de género como, especialmente en esos casos, de la orientación sexual”.

No obstante lo anterior, indicó que “le surgen dudas, con respecto al contenido de prohibición de la discriminación en razón de la orientación sexual e identidad de género o, en otras palabras, persisten retos para determinar si ciertas actuaciones se encuentran cubiertas por esta categoría de discriminación”. En este sentido, afirmó que “una interpretación de la Corte IDH respecto de los estándares señalados, sería un aporte fundamental para el Estado de Costa Rica y todos los países del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, toda vez que permitiría adaptar el ordenamiento interno a los estándares interamericanos, en garantía de las personas y sus derechos. Es decir, permitiría fortalecer y dirigir el actuar de los Estados hacia un cumplimiento pleno de las obligaciones en relación con estos Derechos Humanos”.

Finalmente, “consider[ó] necesario que la [...] Corte emita su opinión con respecto a la convencionalidad de la práctica consistente en exigir a las personas que desean cambiar su nombre por motivos de identidad de género, seguir el procedimiento de jurisdicción voluntaria previsto en el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica”. Al respecto, mencionó que “este proceso conlleva gastos para la persona solicitante e implica una espera demorada [...], [por lo que] consulta si la aplicación de esa norma a los casos en mención es contraria a los derechos de las personas”.

3. Con base en lo anterior, Costa Rica presentó a la Corte las siguientes preguntas específicas:
 1. “Tomando en cuenta que la identidad de género es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en los numerales 11.2 y 18 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado deba reconocer y facilitar el cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una?”;
 2. “En caso que la respuesta a la anterior consulta fuera afirmativa, ¿se podría considerar contrario a la CADH que la persona interesada en modificar su nombre de pila solamente pueda acudir a un proceso jurisdiccional sin que exista un procedimiento para ello en vía administrativa?”;
 3. “¿Podría entenderse que el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, debe ser interpretado, de acuerdo con la CADH, en el sentido de que las personas que deseen cambiar su nombre de pila a partir de su identidad de género no están obligadas a someterse al proceso jurisdiccional allí contemplado, sino que el Estado debe proveerles un trámite administrativo gratuito, rápido y accesible para ejercer ese derecho humano?”;
 4. “Tomando en cuenta que la no discriminación por motivos de orientación sexual es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en el numeral 11.2 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo?”, y
 5. “En caso que la respuesta anterior sea afirmativa, ¿es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación?”.

... *omissis*...

55. Para emitir su opinión sobre la interpretación de las disposiciones jurídicas traídas a consulta, la Corte recurrirá a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual recoge las reglas generales y consuetudinarias de interpretación de los tratados internacionales, que implica la aplicación simultánea y conjunta de los criterios de buena fe, el examen del sentido corriente de los términos empleados en el tratado de que se trate, leídos en su contexto, teniendo en cuenta el objeto y fin de aquél. Por ello, la Corte hará uso de los métodos estipulados en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena para llevar a cabo dicha interpretación.
56. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte ha afirmado que en el caso de la Convención Americana, el objeto y fin del tratado es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”, a propósito de lo cual fue diseñada para proteger los derechos humanos de las personas independientemente de su nacionalidad, frente a su propio Estado o a cualquier otro. En este punto es fundamental tener presente la especificidad de los tratados de derechos humanos, los cuales crean un orden legal en el cual los Estados asumen obligaciones hacia las personas bajo su jurisdicción y cuyas violaciones pueden ser reclamadas por éstos y por la comunidad de Estados Partes de la Convención a través de la acción de la Comisión e incluso ante la Corte, todo lo cual tiene como efecto que la interpretación de las normas deba desarrollarse también a partir de un modelo basado en valores que el sistema interamericano pretende resguardar, desde el “mejor ángulo” para la protección de la persona.
57. Es en este sentido que la Convención Americana prevé expresamente determinadas pautas de interpretación en su artículo 29, entre las que alberga el principio pro persona, que implican que ninguna dispo-

sición de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

58. Además, la Corte ha reiteradamente señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación dispuestas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
59. Aunado a lo anterior, es preciso considerar que la presente opinión consultiva tiene como objeto interpretar los derechos a la igualdad y no discriminación de personas LGBTI en relación con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana. Conforme a la interpretación sistemática contemplada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen”. Este Tribunal estima que, en aplicación de estas normas, debe tomar en consideración la normativa internacional sobre personas LGBTI al momento de especificar el contenido y alcance de las obligaciones asumidas por los Estados bajo la Convención Americana, en particular al precisar las medidas que deben adoptar los Estados. En virtud de la materia sometida a consulta, la Corte tendrá en consideración, como fuentes de derecho internacional adicionales, otras convenciones relevantes en que sean parte los Estados americanos a fin de efectuar una interpretación armónica de las obligaciones internacionales en los términos de la disposición citada. En adición, la Corte considerará las obligaciones aplicables y la jurisprudencia y decisiones al respecto, así como las resoluciones, pronunciamientos y declaraciones referentes al tema adoptados a nivel internacional.

... *omissis*...

B. Sobre la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género, como categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención

68. De acuerdo con lo anterior, la Corte ha determinado, teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas, que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscrita por la Convención, cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual o en la identidad de género de las personas. Lo anterior sería contrario a lo establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana.

... *omissis*...

70. En este sentido, al interpretar la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio del principio *pro homine*. Del mismo modo, este Tribunal reitera que los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no constituyen un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Es así como, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo.
71. Con relación a lo expresado, algunos tratados internacionales a nivel regional que fueron adoptados recientemente y que abordan la temática de la discriminación, se refieren específicamente a la orientación sexual, y a la identidad de género como categorías protegidas contra la discriminación. Así, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, en vigor desde el 11 de enero de 2017, establece en su artículo 5 sobre “igualdad y no discriminación por razones de edad” que queda prohibida “la discriminación por edad en la vejez” y estipula que los Estados Parte “desarrollarán enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez, en relación con la persona mayor en condición de vulnerabilidad y aquellas que son víctimas de discriminación múltiple, incluidas las mujeres, las personas con discapacidad, las personas de diversas

orientaciones sexuales e identidades de género, las personas migrantes, las personas en situación de pobreza o marginación social, los afrodescendientes y las personas pertenecientes a pueblos indígenas, las personas sin hogar, las personas privadas de libertad, las personas pertenecientes a pueblos tradicionales, las personas pertenecientes a grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales, entre otros". En el mismo sentido, la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, adoptada el 5 de junio de 2013, establece en su artículo 1.1 que "[l]a discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra".

72. Asimismo, en el Sistema Interamericano, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos ha aprobado desde el año 2008 nueve resoluciones respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género (a partir de las resoluciones del año 2013 también se refieren a los tratos discriminatorios basados en la expresión de género), mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios.
73. En el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el 22 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la "Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género", reafirmando el "principio de no discriminación que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género". A su vez, el 22 de marzo de 2011 fue presentada, ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la "Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos relacionadas, dirigidos contra las personas por su orientación sexual e identidad de género". El 17 de junio de 2011 este mismo Consejo aprobó una resolución sobre "derechos humanos, orientación sexual e identidad de género" en la que se expresó la "grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, [...] cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género". Lo anterior fue reiterado por las resoluciones 27/32 de 26 de septiembre de 2014 y 32/2 de 30 de junio de 2016. La prohibición de discriminación por orientación sexual, identidad de género y expresión de género ha sido resaltada también en numerosos informes de los relatores especiales de Naciones Unidas, así como por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
74. Igualmente, el Comité de Derechos Humanos ha calificado la orientación sexual, así como la identidad y la expresión de género como una de las categorías de discriminación prohibida consideradas en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se pronunció en el mismo sentido con respecto al artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y determinó en particular que la orientación sexual, y la identidad de género pueden ser enmarcadas bajo "otra condición social" por lo que también constituyen categorías protegidas contra los tratos diferentes que sean discriminatorios.
75. Además, el Comité de los Derechos del Niño, el Comité contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer han realizado referencias en el marco de sus observaciones generales y recomendaciones, respecto a la inclusión de la orientación sexual como una de las categorías prohibidas de discriminación y respecto a la necesidad de erradicar las prácticas que discriminen a las personas en razón de su orientación sexual y/o identidad de género.
76. Por otra parte, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos también expresó su preocupación con respecto a las violaciones a los derechos humanos basadas en la orientación sexual, la expresión y la identidad de género. En esa línea, el Alto Comisionado recomendó a los Estados tomar las medidas apropiadas para prohibir legalmente la discriminación basada en la orientación sexual, identidad y expresión de género.

... omissis...

78. De conformidad con todo lo anterior, teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, y los organismos de Naciones Unidas (supra párrs. 71 a 76), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden

disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género.

79. En lo que respecta la expresión de género, este Tribunal ya ha señalado que es posible que una persona resulte discriminada con motivo de la percepción que otras tengan acerca de su relación con un grupo o sector social, independientemente de que ello corresponda con la realidad o con la auto-identificación de la víctima. La discriminación por percepción tiene el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se auto-identifica o no con una determinada categoría. Al igual que otras formas de discriminación, la persona es reducida a la única característica que se le imputa, sin que importen otras condiciones personales. En consecuencia, de conformidad con lo anterior, se puede considerar que la prohibición de discriminar con base en la identidad de género, se entiende no únicamente con respecto a la identidad real o auto-percibida, también se debe entender en relación a la identidad percibida de forma externa, independientemente que esa percepción corresponda a la realidad o no. En ese sentido, se debe entender que toda expresión de género constituye una categoría protegida por la Convención Americana en su artículo 1.1.
80. Por último, es relevante señalar que varios Estados de la región han reconocido en sus ordenamientos jurídicos internos, sea por disposición constitucional, sea por vía legal, por decretos o por decisiones de sus tribunales, que la orientación sexual y la identidad de género constituyen categorías protegidas contra los tratos diferentes discriminatorios.

... *omissis*...

81. [...] resulta importante recordar que la falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de ciertos grupos o personas que se distinguen por su orientación sexual, su identidad de género o su expresión de género, reales o percibidas, no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estos grupos o personas han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana.

... *omissis*...

101. De conformidad con lo anterior, se puede concluir lo siguiente:
 - a) Se desprende el derecho a la identidad del reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la vida privada (*supra* párrs. 88 y 89);
 - b) El derecho a la identidad ha sido reconocido por este Tribunal como un derecho protegido por la Convención Americana (*supra* párr. 90);
 - c) El derecho a la identidad comprende, a su vez, otros derechos, de acuerdo con las personas y las circunstancias de cada caso, aunque se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad humana, con el derecho a la vida y con el principio de autonomía de la persona (artículos 7 y 11 de la Convención Americana) (*supra* párr. 90);
 - d) El reconocimiento de la afirmación de la identidad sexual y de género como una manifestación de la autonomía personal es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas que se encuentra protegido por la Convención Americana en sus artículos 7 y 11.2 (*supra* párr. 98);
 - e) La identidad de género y sexual se encuentra ligada al concepto de libertad, al derecho a la vida privada y a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones (*supra* párr. 93);
 - f) La identidad de género ha sido definida en esta opinión como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, pudiendo corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento (*supra* párr. 94);
 - g) El sexo, el género, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente a partir de las diferencias biológicas derivadas del sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada (*supra* párr. 95);

- h) El derecho a la identidad posee también un valor instrumental para el ejercicio de determinados derechos (*supra* párr. 99);
- i) El reconocimiento de la identidad de género por el Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas trans, incluyendo la protección contra la violencia, tortura malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión, y de asociación (*supra* párr. 98), y
- j) El Estado debe asegurar que los individuos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género puedan vivir con la misma dignidad y el mismo respeto al que tienen derecho todas las personas (*supra* párr. 100).

B. Sobre el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho al nombre y el derecho a la identidad de género

102. A continuación, siguiendo la línea de las preguntas planteadas en el marco de la presente opinión consultiva, se abordará específicamente la relación existente entre el reconocimiento de la identidad de género y el derecho al nombre, así como al reconocimiento de la personalidad jurídica.
103. Esta Corte ha señalado, en lo que respecta al derecho a la personalidad jurídica, protegido en el artículo 3 de la Convención Americana, que el reconocimiento de ese derecho determina la existencia efectiva de sus titulares ante la sociedad y el Estado, lo que le permite gozar de derechos, ejercerlos y tener capacidad de actuar, lo cual constituye un derecho inherente al ser humano, que no puede ser en ningún momento derogado por el Estado de conformidad con la Convención Americana. En atención a ello, necesariamente el Estado debe respetar y procurar los medios y condiciones jurídicas para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares. La falta del reconocimiento de la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace a la persona vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares. Asimismo, su falta de reconocimiento supone desconocer la posibilidad de ser titular de derechos, lo cual conlleva la imposibilidad efectiva de ejercitar de forma personal y directa los derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial.
104. Con relación a la identidad de género y sexual, lo anterior implica que las personas en su diversidad de orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género deben poder disfrutar de su capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. Ello por cuanto la orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad. Sin embargo, el derecho a la personalidad jurídica no se reduce únicamente a la capacidad de la persona humana a ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones sino que comprende, además, la posibilidad de que todo ser humano posea, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición, determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho. Por tanto, existe una relación estrecha entre por un lado el reconocimiento de la personalidad jurídica y, por otro, los atributos jurídicos inherentes a la persona humana que la distinguen, identifican y singularizan.
105. De conformidad con lo anterior, el Tribunal opina que el derecho de las personas a definir de manera autónoma su propia identidad sexual y de género se hace efectiva garantizando que tales definiciones concuerden con los datos de identificación consignados en los distintos registros así como en los documentos de identidad. Lo anterior se traduce en la existencia del derecho de cada persona a que los atributos de la personalidad anotados en esos registros y otros documentos de identificación coincidan con las definiciones identitarias que tienen de ellas mismas y, en caso de que no exista tal correspondencia, debe existir la posibilidad de modificarlas.
106. Se mencionó que el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la vida privada y a la intimidad, implican el reconocimiento de los derechos a la identidad personal, sexual y de género, pues a partir de éstos la persona se proyecta frente a sí mismo y dentro de una sociedad. El nombre como atributo de la personalidad, constituye una expresión de la individualidad y tiene por finalidad afirmar la identidad de una persona ante la sociedad y en las actuaciones frente al Estado. Con él se busca lograr que cada persona posea un signo distintivo y singular frente a los demás, con el cual pueda identificarse y reconocerse como tal. Se trata de un derecho fundamental inherente a todas las personas por el solo hecho de su existencia. Además, esta Corte ha indicado que el derecho al nombre reconocido en el artículo 18 de la Convención y también en diversos instrumentos internacionales, constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado.
107. Este Tribunal también señaló que como consecuencia de lo anterior, los Estados tienen la obligación no sólo de proteger el derecho al nombre, sino también de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona. Este derecho implica, por ende, que los Estados deben garantizar que la perso-

- na sea inscrita con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción ni interferencia en la decisión de escoger el nombre y, una vez registrada la persona, que sea posible preservar y restablecer su nombre y su apellido.
108. Asimismo, el Comité Jurídico Interamericano opinó que el ejercicio del derecho a la identidad es indisoluble de un registro y de un sistema nacional efectivo, accesible y universal que permita proporcionar materialmente a las personas los documentos que contengan los datos relativos a su identidad, tomando en cuenta de forma particular que el derecho a la identidad es tanto un derecho en sí mismo como de un derecho que es esencial para el ejercicio de otros derechos de naturaleza política, civil, económica, social, cultural. Como consecuencia de lo anterior, hay un derecho a la inscripción después del nacimiento y un deber del Estado de tomar las provisiones necesarias para este fin. El registro de nacimiento se convierte así en un instrumento primario y punto de partida para ejercer la personalidad jurídica ante el Estado y los particulares y actuar en condiciones de igualdad ante la ley.
 109. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sostuvo que el apellido constituye un componente importante de la identidad de una persona, y que la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada incluye la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en el derecho a elegir el propio apellido y a cambiar de apellido.
 110. Sobre el derecho al nombre, el TEDH ha expresado que si bien la Convención Europea no contiene ninguna referencia explícita sobre esta temática, el nombre y los apellidos hacen parte de la vida privada y familiar de todo ser humano puesto que constituyen un medio de identificación personal y un vínculo a una familia, los cuales se encuentran protegidos por el artículo 8 de dicho instrumento. De la misma manera, ese Tribunal ha expresado que la vida privada abarca aspectos de la identidad personal y social de los seres humanos y que el hecho de que puedan existir intereses públicos en regular el uso de los nombres no es suficiente razón para eliminar la materia del alcance del derecho a la vida privada y familiar contenido en el artículo 8 de la Convención.
 111. Además de lo anterior, esta Corte sostiene que la fijación del nombre, como atributo de la personalidad, es determinante para el libre desarrollo de las opciones que le dan sentido a la existencia de cada persona, así como a la realización del derecho a la identidad. No se trata de un agente que tenga por finalidad la homologación de la persona humana, sino por el contrario es un factor de distinción. Es por ello que cada persona debe tener la posibilidad de elegir libremente y de cambiar su nombre como mejor le parezca. Es así como la falta de reconocimiento al cambio de nombre de conformidad con esa identidad auto-percibida, implica que la persona pierde total o parcialmente la titularidad de esos derechos y que si bien existe y puede hallarse en un determinado contexto social dentro del Estado, su existencia misma no es jurídicamente reconocida de acuerdo a un componente esencial de su identidad. En tal circunstancia también se ve menoscabado el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho a la identidad de género.
 112. Asimismo, es posible inferir que el derecho al reconocimiento de la identidad de género implica necesariamente el derecho a que los datos de los registros y en los documentos de identidad correspondan a la identidad sexual y de género asumida por las personas transgénero. En ese sentido, los principios de Yogyakarta plantean la obligación a cargo de los Estados de adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias “para respetar plenamente y reconocer legalmente el derecho de cada persona a la identidad de género que ella defina para sí”, así como para que “existan procedimientos mediante los cuales todos los documentos de identidad emitidos por el Estado que indican el género o el sexo de una persona - incluyendo certificados de nacimiento, pasaportes, registros electorales y otros documentos - reflejen la identidad de género profunda que la persona define por y para sí”.
 113. Sobre lo anterior, cabe recordar que el TEDH ha establecido que la falta de reconocimiento de la identidad de una persona transgénero puede configurar una injerencia en la vida privada. En este sentido, el Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, recomendó a los Estados expedir, a quienes los soliciten, documentos legales de identidad que reflejen el género preferido del titular; de igual manera, facilitar el reconocimiento legal del género preferido por las personas trans y disponer lo necesario para que se vuelvan a expedir los documentos de identidad pertinentes con el género y el nombre preferidos, sin conculcar otros derechos humanos. A su vez, la falta de correspondencia entre la identidad sexual y de género que asume una persona y la que aparece registrada en sus documentos de identidad implica negarle una dimensión constitutiva de su autonomía personal - del derecho a vivir como uno quiera -, lo que a su vez puede convertirse en objeto de rechazo y discriminación por los demás - derecho a vivir sin humillaciones - y a dificultarle las oportunidades laborales que le permitan acceder a las condiciones materiales necesarias para una existencia digna.
 114. Por otra parte, como ya fuera indicado, los Estados deben garantizar el reconocimiento de la identidad de género a las personas, pues ello es de vital importancia para el goce pleno de otros derechos humanos (supra párr. 113). De la misma forma, la Corte constata que la falta de reconocimiento de ese derecho puede a su vez obstaculizar el ejercicio de otros derechos fundamentales y por ende tener un impacto

diferencial importante hacia las personas transgénero, las cuales, como se ha visto, suelen encontrarse en posición de vulnerabilidad (supra párrs. 33 a 51). Además, la falta de acceso al reconocimiento a la identidad de género constituye un factor determinante para que se sigan reforzando los actos de discriminación en su contra, y también puede erigirse en un obstáculo importante para el goce pleno de todos los derechos reconocidos por el derecho internacional, tales como el derecho a una vida digna, el derecho de circulación, a la libertad de expresión, los derechos civiles y políticos, el derecho a la integridad personal, a la salud, a la educación, y a todos los demás derechos.

115. De conformidad con lo anterior, se puede concluir que el derecho de cada persona a definir de manera autónoma su identidad sexual y de género y a que los datos que figuran en los registros, así como en los documentos de identidad sean acordes o correspondan a la definición que tienen de sí mismos, se encuentra protegido por la Convención Americana a través de las disposiciones que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (artículos 7 y 11.2), el derecho a la privacidad (artículo 11.2), el reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3), y el derecho al nombre (artículo 18). Lo anterior significa que los Estados deben respetar y garantizar a toda persona, la posibilidad de registrar y/o de cambiar, rectificar o adecuar su nombre y los demás componentes esenciales de su identidad como la imagen, o la referencia al sexo o género, sin interferencias por parte de las autoridades públicas o por parte de terceros. En esa línea, lo expresado implica necesariamente, que las personas que se identifiquen con identidades de género diversas deben ser reconocidas como tal. Además, el Estado debe garantizarles que puedan ejercer sus derechos y contraer obligaciones en función de esa misma identidad, sin verse obligadas a detentar otra identidad que no representa su individualidad, más aún cuando ello involucra una exposición continua al cuestionamiento social sobre esa misma identidad afectando así el ejercicio y goce efectivo de los derechos reconocidos por el derecho interno y el derecho internacional.
116. De acuerdo a lo anterior, la respuesta a la primer pregunta planteada por Costa Rica sobre la protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24 en relación con el artículo 1.1 de la Convención al reconocimiento de la identidad de género es la siguiente:

El cambio de nombre, la adecuación de la imagen, así como la rectificación a la mención del sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad, para que estos sean acordes a la identidad de género auto-percibida, es un derecho protegido por el artículo 18 (derecho al nombre), pero también por los artículos 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 7.1 (derecho a la libertad), 11.2 (derecho a la vida privada) de la Convención Americana. Como consecuencia de lo anterior, de conformidad con la obligación de respetar y garantizar los derechos sin discriminación (artículos 1.1 y 24 de la Convención), y con el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la Convención), los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines.

C. Sobre el procedimiento de solicitud de adecuación de los datos de identidad de conformidad con la identidad de género auto-percibida

117. Con la finalidad de que las personas interesadas puedan modificar los registros y los documentos de identidad para que estos sean acordes con su identidad de género auto-percibida, los procedimientos deben estar regulados e implementados de conformidad con ciertas características mínimas, de manera que ese derecho se vea efectivamente protegido, evitando, además, que mediante los mismos se violen derechos de terceras personas contenidos en la Convención.
118. Por otra parte, la Corte no omite notar que las medidas implementadas para hacer efectivo el derecho a la identidad no deben menoscabar el principio de seguridad jurídica. Este principio garantiza, entre otras cosas, estabilidad en las situaciones jurídicas y es parte fundamental de la confianza que la ciudadanía tiene en la institucionalidad democrática. Dicho principio se encuentra implícito en todos los artículos de la Convención. La falta de seguridad jurídica puede originarse por aspectos legales, administrativos o por prácticas estatales que reduzcan la confianza pública en las instituciones (judiciales, legislativas o ejecutivas) o en el goce de los derechos u obligaciones reconocidos a través de aquellas, e impliquen inestabilidad respecto del ejercicio de los derechos fundamentales, y de situaciones jurídicas en general.
119. Así, para esta Corte, la seguridad jurídica se ve garantizada - entre otras cosas - en tanto exista confianza en que los derechos y libertades fundamentales de todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado parte de la Convención Americana serán respetados plenamente. Para el Tribunal, esto implica que la implementación de los procedimientos descritos a continuación, deben asegurar que los derechos y obligaciones respecto de terceros sean efectivamente tutelados sin que ello implique un menoscabo en la garantía plena del derecho a la identidad de género. En ese sentido, si bien los efectos de los referidos procedimientos son oponibles a terceros, los cambios, adecuaciones o rectificaciones de conformidad con la identidad de género no debe alterar la titularidad de los derechos y de las obligaciones jurídicas.
120. En concordancia con lo expresado, en cuanto a los efectos de los procedimientos de reconocimiento de identidad de género, el Tribunal recuerda que los mismos no deberán implicar la alteración de la titula-

ridad de los derechos y las obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio, ni las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados. Lo anterior implica que todos aquellos actos que hubiesen sido realizados por una persona con anterioridad al procedimiento para modificar sus datos de identidad - de conformidad a su identidad de género auto-percibida -, los cuales traían aparejados efectos jurídicos, siguen produciéndolos y le son exigibles, salvo en los casos en que la propia legislación determine la extinción o modificación de los mismos.

a) El procedimiento enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida

121. En primer lugar, y de acuerdo a lo señalado en el apartado anterior, además del nombre, el cual constituye solo un elemento de la identidad, esos procedimientos deben estar enfocados en la adecuación - de forma integral -, de otros componentes de la misma para que esta pueda ser conforme a la identidad de género auto-percibida de las personas interesadas. Por tanto, esos procedimientos deberían permitir cambiar la inscripción del nombre de pila y, de ser el caso, adecuar la imagen fotográfica, así como rectificar el registro del género o sexo, tanto en los documentos de identidad como en los registros que correspondan y que sean relevantes para que los interesados ejerzan sus derechos subjetivos.
122. Sobre lo anterior, cabe recordar que este Tribunal ha señalado que la protección que otorga la Convención Americana a la vida privada se extiende a otros ámbitos además de los que específicamente enumera dicha norma, y aunque el derecho a la propia imagen no se encuentra expresamente enunciado en el artículo 11 de la Convención, las imágenes o fotografías personales, evidentemente, están incluidas dentro del ámbito de protección de la vida privada. Asimismo, la fotografía es una forma de expresión que recae en el ámbito de protección del artículo 13 de la Convención. La fotografía no solo tiene el valor de respaldar o dar credibilidad a informaciones brindadas por medio de la escritura, sino que tiene en sí misma un importante contenido y valor expresivo, comunicativo e informativo; de hecho, en algunos casos, las imágenes pueden comunicar o informar con igual o mayor impacto que la palabra escrita. En ese mismo sentido, en varios ordenamientos jurídicos internos de Estados de la región se reconoce que los cambios en los datos de identidad realizados para que exista correspondencia con la identidad de género auto-percibida del solicitante no se limitan únicamente al nombre de pila, también abarcan elementos como la mención al sexo, al género, o a la imagen de la persona.
123. En estrecha relación con lo expuesto supra, el Comité Jurídico Interamericano estipuló en su Informe sobre Privacidad y Protección de Datos Personales que los datos personales abarcan la información que identifica o puede usarse de manera razonable para identificar a una persona y que “la palabra ‘datos’ se usa intencionalmente en un sentido amplio a fin de conferir la mayor protección posible a los derechos de las personas afectadas, independientemente de la forma particular en que se recopilen, se almacenen, se recuperen, se usen o se difundan los datos”. Agregó que “los ‘datos personales sensibles’ abarcan los datos que afectan los aspectos más íntimos de las personas y que los mismos dependen también del contexto cultural, social o político”. El Comité también aseveró que toda “persona debe tener la posibilidad de ejercer el derecho a solicitar la corrección (o la adición) de datos personales sobre sí misma que sean incompletos, inexactos, innecesarios o excesivos”.
124. Por último, la Corte es de la opinión que los Estados deberán desplegar sus esfuerzos para que las personas interesadas en que se reconozca su identidad de género auto-percibida en los registros así como en los documentos de identidad, no tengan que emprender varios trámites ante una multiplicidad de autoridades. El Tribunal entiende que es una obligación del Estado asegurarse de que las modificaciones sobre los datos de la persona que se perfeccionen ante los registros civiles sean actualizadas en los demás documentos e instituciones a que haya lugar sin que se requiera la intervención del requirente, de manera que no se someta a esa persona a cargas irrazonables para que la adecuación de su identidad de género auto-percibida tenga vigencia en todos los registros que sean relevantes para tales efectos.
125. En este sentido, es pertinente hacer referencia al Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y “Derecho a la Identidad”, el cual se refiere a la necesidad de identificar y promover las mejores prácticas y estándares en materia de sistemas y universalización del registro civil, “teniendo en cuenta la perspectiva de género”, así como la necesidad de aumentar la conciencia sobre la importancia “de hacer efectiva la identidad a millones de personas”, considerando “los grupos vulnerables y la rica diversidad cultural de la región”. El referido documento, indica en particular, que los Estados deberán desplegar esfuerzos para identificar, sistematizar y unificar los criterios y estándares básicos para que los sistemas nacionales de registro civil puedan funcionar adecuadamente y garantizar la cobertura universal. Asimismo, los Estados deberán promover la simplificación de los procesos administrativos de los registros civiles y la estandarización de los mismos a nivel nacional.
126. Respecto a lo señalado, en Uruguay la Ley No. 18.620 “Derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios”, prevé específicamente la armonización de los datos en los registros y los documentos de identidad. Así, el artículo 4 de la referida norma establece que “[u]

na vez recaída la providencia que acoge la solicitud de adecuación, el Juzgado competente oficiará a la Dirección General del Registro de Estado Civil, a la Intendencia Departamental respectiva, a la Dirección Nacional de Identificación Civil del Ministerio del Interior, al Registro Cívico Nacional de la Corte Electoral y a la Dirección General de Registros a fin que se efectúen las correspondientes modificaciones en los documentos identificatorios de la persona así como en los documentos que consignen derechos u obligaciones de la misma. En todos los casos se conservará el mismo número de documento de identidad, pasaporte y credencial cívica". En esa misma línea, en Bolivia se prevé que a partir de la emisión de la Resolución Administrativa se notificará de oficio con ésta, el cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen a varias instituciones.

b) Deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como las certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes

127. La regulación y la implementación de esos procesos deben estar basadas únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante. Lo anterior resulta consistente con el hecho de que los procedimientos orientados al reconocimiento de la identidad de género encuentran su fundamento en la posibilidad de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, así como en el derecho a la dignidad y a la vida privada del solicitante (*supra* párr. 88).
128. Del mismo modo, el Comité Jurídico Interamericano mencionó en su Informe sobre Privacidad y Protección de Datos Personales que en "consonancia con estos derechos fundamentales, los principios de la OEA reflejan los conceptos de autodeterminación en lo que respecta a la información, la ausencia de restricciones arbitrarias del acceso a los datos, y la protección de la vida privada, la identidad, la dignidad y la reputación".
129. Con respecto a este punto, el Alto Comisionado y varios órganos de derechos humanos de Naciones Unidas han indicado que en aras de cumplir con los compromisos internacionales sobre derechos humanos, los Estados deben respetar la integridad física y psíquica de las personas reconociendo legalmente la identidad de género auto-percibida sin que existan obstáculos o requisitos abusivos que puedan constituir violaciones a los derechos humanos. Desde esta perspectiva, esos órganos recomiendan que el proceso de reconocimiento de la identidad de género no debe imponer a los solicitantes el cumplimiento de requisitos abusivos tales como la presentación de certificaciones médicas o pruebas de estado civil de no casados, tampoco se debe someter a los solicitantes a pericias médicas o psicológicas relacionadas con su identidad de género auto-percibida, u otros requisitos que desvirtúen el principio según el cual la identidad de género no se prueba, por tanto, el trámite debe estar basado en la mera expresión de voluntad del solicitante. En el mismo sentido, los principios de Yogyakarta estipulan que "[n]inguna condición, como el matrimonio o la maternidad o paternidad, podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona".
130. Por otro lado, en lo que respecta a los certificados médicos, psicológicos o psiquiátricos que se suelen requerir en este tipo de procedimientos, la Corte entiende que además de tener un carácter invasivo y poner en tela de juicio la adscripción identitaria llevada a cabo por la persona, descansan en el supuesto según el cual tener una identidad contraria al sexo que fue asignado al nacer constituye una patología. Es así como ese tipo de requisitos o certificados médicos contribuyen a perpetuar los prejuicios asociados con la construcción binaria de géneros masculino y femenino.
131. Con relación a los requisitos y documentación que se suele solicitar específicamente a las personas que solicitan un cambio de sus datos de identidad para que sea conforme a su identidad de género, este Tribunal es de la opinión que de acuerdo con los principios de igualdad y no discriminación (*supra* Capítulo VI), no resulta razonable establecer un trato diferenciado entre las personas cisgénero y transgénero que pretenden llevar a cabo correcciones en los registros y los documentos de identidad. En efecto, en el caso de las personas cisgénero, el sexo asignado al nacer y consignado en el registro corresponde a la identidad de género que asumen de manera autónoma a lo largo de su vida mientras que cuando se trata de las personas trans, la asignación identitaria efectuada por terceros (generalmente sus padres) difiere de aquella que, de manera autónoma, fueron desarrollando. En ese sentido, las personas transgénero se ven sometidas a obstáculos para lograr el reconocimiento y respeto de su identidad de su género que las personas cisgénero no deben enfrentar.
132. En cuanto a los requisitos de certificados de buena conducta o policiales, este Tribunal entiende que si bien los mismos pueden buscar una finalidad legítima, la cual únicamente podría consistir en que las solicitudes de adecuación de los registros y de los documentos de identidad no tengan el propósito y/o el efecto de eludir la acción de la justicia, también se puede entender que ese requisito resulta en una restricción desproporcionada en la medida que se traslada de forma irrazonable al solicitante del procedimiento una obligación del Estado, que no es otra que la armonización de los registros en los cuales

constan los datos de identidad de las personas. En este punto, cabe recordar que la protección a terceros y al orden público se debe garantizar por medio de distintos mecanismos legales que no impliquen, permitan o tengan como consecuencia el menoscabo, la lesión o el sacrificio de los derechos fundamentales de las personas. De lo contrario, se afectaría de manera total el núcleo esencial del libre desarrollo de la personalidad, del derecho a la vida privada y a la intimidad, del derecho a la identidad personal y sexual, del derecho a la salud, y, por consiguiente, de la dignidad de las personas y su derecho a la igualdad y la no discriminación. Todo ello, en tanto que la plena identificación de su persona a partir de la adecuación de sus datos de identidad, conforme a su identidad de género auto-percibida, es lo que le permitirá proyectarse en todos los aspectos de su vida. De este modo se estaría reconociendo legalmente su existencia como el ser que realmente es.

133. Finalmente, el Tribunal considera de manera general que, en el marco de los procedimientos de reconocimiento del derecho a la identidad de género, no resulta razonable requerir a las personas el cumplimiento de requisitos que desvirtúan la naturaleza meramente declarativa de los mismos. Tampoco resulta adecuado que tales requerimientos se erijan como exigencias que desbordan los límites de la intimidad, pues se terminaría obligando a las personas a someter sus decisiones más íntimas y los asuntos más privados de su vida al escrutinio público por parte de todos los actores que directa o indirectamente intervienen en ese trámite.

c) Los procedimientos y los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros deben ser confidenciales y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de la identidad de género

134. En esta opinión, ya se indicó que la falta de reconocimiento del derecho a la identidad de género de las personas transgénero contribuye a reforzar y perpetuar comportamientos discriminatorios en su contra (*supra* Capítulo IV.B). Lo anterior puede también ahondar su vulnerabilidad a los crímenes de odio, o a la violencia transfóbica y psicológica la cual constituye una forma de violencia basada en razones de género, guiada por la voluntad y el deseo de castigar a las personas cuya apariencia y comportamiento desafían los estereotipos de género. Del mismo modo, la falta de reconocimiento de su identidad de género puede conllevar a violaciones de otros derechos humanos, por ejemplo, torturas o maltratos en centros de salud o de detención, violencia sexual, denegación del derecho de acceso a la salud, discriminación, exclusión y bullying en contextos de educación, discriminación en el acceso al empleo o en el seno de la actividad profesional, vivienda y acceso a la seguridad social.
135. En concordancia con lo anterior, la publicidad no deseada sobre un cambio de identidad de género, consumado o en trámite, puede poner a la persona solicitante en una situación de mayor vulnerabilidad a diversos actos de discriminación en su contra, en su honor o en su reputación y a la postre puede significar un obstáculo mayor para el ejercicio de otros derechos humanos (*supra* párr. 134). En ese sentido, tanto los procedimientos, como las rectificaciones realizadas a los registros y los documentos de identidad de conformidad con la identidad de género auto-percibida, no deben ser de acceso público, ni tampoco deben figurar en el mismo documento de identidad. Lo anterior resulta consistente con la íntima relación existente entre el derecho a la identidad y el derecho a la vida privada reconocido por el artículo 11.2 de la Convención que protege contra todas las interferencias arbitrarias en la intimidad de la persona, dentro de las cuales se encuentra comprendida su identidad de género. Es así como esta Corte ha sostenido que “el ámbito de la vida privada se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública” y “comprende, entre otras dimensiones, tomar decisiones relacionadas con diversas áreas de la propia vida libremente, tener un espacio de tranquilidad personal, mantener reservados ciertos aspectos de la vida privada y controlar la difusión de información personal hacia el público”. Esto no significa que esa información no pueda ser accesible en caso de que la persona sea requerida por las autoridades competentes de conformidad con lo establecido por el derecho interno de cada Estado.
136. En relación con este tema, el Comité Jurídico Interamericano, indicó en su Informe sobre Privacidad y Protección de Datos Personales, que “[a]lgunos tipos de datos personales, teniendo en cuenta su sensibilidad en contextos particulares, son especialmente susceptibles de causar daños considerables a las personas si se hace mal uso de ellos. Los controladores de datos deberían adoptar medidas de privacidad y de seguridad que sean acordes con la sensibilidad de los datos y su capacidad de hacer daño a los individuos sujetos de la información”. Sobre los tipos de datos sensibles, el Comité sugiere que “merecen protección especial porque, si se manejan o se divulgan de manera indebida, darían lugar a una intrusión profunda en la dignidad personal y el honor de la persona afectada y podrían desencadenar una discriminación ilícita o arbitraria contra la persona o causar un riesgo de graves perjuicios para la persona”. Como consecuencia de lo anterior, los Estados “deben establecerse garantías apropiadas en el contexto de la legislación y la normativa nacionales, que reflejen las circunstancias imperantes en la jurisdicción pertinente, a fin de proteger en medida suficiente los intereses de las personas en materia

- de privacidad” siendo que el “consentimiento explícito de la persona a la cual se refieran los datos debe ser la regla que rija la recopilación, la divulgación y el uso de datos personales sensibles” .
137. Por otra parte, en el mismo informe, se indica que los “datos personales deben ser protegidos mediante salvaguardias razonables y adecuadas contra accesos no autorizados, pérdida, destrucción, uso, modificación o divulgación”. Asimismo, recordó que el “concepto de privacidad está consagrado en el derecho internacional [y que se] basa en los conceptos fundamentales del honor personal y la dignidad, así como en la libertad de expresión, pensamiento, opinión y asociación. Hay disposiciones relativas a la protección de la privacidad, el honor personal y la dignidad en los principales sistemas de derechos humanos del mundo”. Finalmente, el Comité estipuló que proteger la privacidad de los datos personales “implica no solo mantener la seguridad de los [mismos], sino también permitir que las personas controlen la forma en que se usan y divulgan sus datos personales”.
 138. Por otra parte, el Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y “Derecho a la Identidad” adoptado por la Asamblea General de la OEA estableció que los Estados garantizarán, a través de una legislación adecuada, la confidencialidad de la información personal recolectada por los sistemas de registro civil aplicando los principios de protección de datos personales. Por último, el carácter reservado de los procedimientos de cambio del nombre de pila y en su caso, género o sexo e imagen de acuerdo a la identidad de género auto-percibida, se encuentran en armonía con lo dispuesto por los principios de Yogyakarta cuando estos estipulan que todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen el derecho a la vida privada, sin injerencias arbitrarias o ilegales en la misma, esto incluye el derecho a optar por revelar o no la propia orientación sexual o identidad de género, así como las decisiones relativas al propio cuerpo y a las relaciones sexuales o de otra índole consensuadas con otras personas .
 139. En la misma línea de lo señalado, la Ley de Identidad de Género de Argentina establece en su artículo 9 que “[s]ólo tendrán acceso al acta de nacimiento originaria quienes cuenten con autorización del/la titular de la misma o con orden judicial por escrito y fundada. [...] No se dará publicidad a la rectificación registral de sexo y cambio de nombre de pila en ningún caso, salvo autorización del/la titular de los datos”. El artículo 6 de la referida ley indica expresamente que se “prohíbe cualquier referencia a la presente ley en la partida de nacimiento rectificada y en el documento nacional de identidad expedido en virtud de la misma”. Otros Estados de la región adoptaron leyes de identidad de género que reconocen el principio de la confidencialidad como regla y la accesibilidad de la información como una excepción cuando esta es requerida por las autoridades judiciales o fiscales. Por ejemplo, la Ley de Identidad de Género de Bolivia dispone que el procedimiento debe garantizar “que la información sea accesible únicamente a la interesada, interesado, al personal autorizado por la norma o a la solicitada mediante Orden Judicial y/o Requerimiento Fiscal”.
 140. Del mismo modo, la Suprema Corte de México entendió que los derechos a la identidad personal y sexual constituyen “derechos inherentes a la persona, fuera de la injerencia de los demás” y se configuran como “derechos de defensa y garantía esencial para la condición humana, ya que pueden reclamarse tanto en defensa de la intimidad violada o amenazada, como exigir del Estado que prevenga la existencia de eventuales intromisiones que los lesionen por lo que, si bien no son absolutos, sólo por ley podrá justificarse su intromisión, siempre que medie un interés superior”. En ese sentido, esa Corte entendió que si se mantienen “los datos concernientes al nombre y sexo de [la] persona” que procedió al cambio de su identidad de género “en sus documentos, entre ellos el acta de nacimiento, con los que originalmente fue registrada al nacer y solamente se asienta una nota marginal de la sentencia que otorgó la rectificación concedida, con la consiguiente publicidad de aquellos datos, se violan sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad y a la no discriminación, a la intimidad, a la vida privada, a la propia imagen, a la identidad personal y sexual, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud, porque la nota marginal propicia que dicha persona exteriorice hasta en las más simples actividades de su vida su condición anterior, generando eventuales actos discriminatorios hacia su persona, sin que se advierta razonabilidad alguna para limitarlos de esa manera”.

d) Los procedimientos deben ser expeditos y deben tender a la gratuidad

141. En esta opinión, se mencionó que el derecho a la identidad se encuentra estrechamente relacionado con el ejercicio de determinados derechos (*supra* párrs. 99 y 101.h). También se hizo referencia al impacto que tiene la negación del derecho a la identidad de género sobre la situación de vulnerabilidad de las personas transgénero así como a la afectación particular que tiene para el ejercicio de otros derechos (*supra* párrs. 98 y 101.i).
142. Sobre ese punto, cabe recordar que esta Corte ha indicado en varias oportunidades que el plazo razonable de duración de un procedimiento, sea este judicial o administrativo, se encuentra determinado, entre otros elementos, por la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo. Así, el Tribunal ha establecido que si el paso del tiempo incide

de manera relevante en la situación jurídica de la persona, resultará necesario que el procedimiento se desarrolle con mayor prontitud a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve. De acuerdo a lo señalado, no cabe duda que el grado de afectación que puede tener este tipo de procedimientos de cambio de nombre y de adecuación a la identidad de género auto-percibida sobre las personas concernidas, es de tal magnitud que los mismos deben llevarse a cabo con la mayor celeridad posible. Algunos ordenamientos internos de Estados de la región establecen la necesidad de que los procedimientos para el cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen de personas conforme a la identidad de género sean expeditos.

143. Además, tal como lo señala el Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y “Derecho a la Identidad”, esos trámites relacionados con procesos registrales deberían ser gratuitos o por lo menos tender a ser lo menos gravosos posibles para las personas interesadas en los mismos, en particular si se encuentran “en situación de pobreza y vulnerabilidad [...] teniendo en cuenta[, además,] la perspectiva de género”. Asimismo, el Comité de Ministros del Consejo de Europa sostuvo que las barreras procesales y económicas son consideradas contrarias al carácter expedito y accesible del procedimiento de cambio de nombre por identidad de género. De igual manera, esta Corte constata que la Ley argentina No. 26.743 de Identidad de Género establece que los trámites para la rectificación registral previstos en dicha ley son gratuitos, personales y no requieren de intermediación de gestor o abogado.
144. Por otra parte, esta Corte ya ha analizado en otros casos la existencia de requisitos pecuniarios para poder acceder a un derecho contenido en la Convención, los cuales no deben volver nugatorio el ejercicio mismo de esos derechos. En ese sentido, la Corte entiende que lo expresado sobre la necesaria tendencia hacia la gratuidad de estos procedimientos se encuentra relacionado con la necesidad de reducir los obstáculos, en este caso de índole financiero, que pueden erigirse para el reconocimiento legal de la identidad de género, así como en la exigencia de no crear diferencias de trato discriminatorias con respecto a las personas cisgénero, las cuales no necesitan acudir a estos procedimientos, y por ende, no incurrir en erogaciones pecuniarias para el reconocimiento de su identidad de género. Este punto resulta aún más relevante cuando se toma en consideración el contexto de alta vulnerabilidad y de pobreza asociado a las personas que no pudieron acceder al reconocimiento de su identidad de género.

e) Sobre la exigencia de acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales

145. Como ya fuera mencionado (*supra* párr. 32.h), la identidad de género crea espacio para la auto-identificación, es decir, a la vivencia que una persona tiene de su propio género, y que en algunos casos, podría eventualmente involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole. Sin embargo, resulta importante subrayar que la identidad de género, no es un concepto que deba ser asociado sistemáticamente con las transformaciones físicas del cuerpo. Lo anterior debe entenderse aún en las situaciones en las cuales la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que le fue asignada al momento de su nacimiento, o que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer. Esto se debe al hecho que las personas trans construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas (*supra* párr. 32.h).
146. En concordancia con lo anterior, el procedimiento de solicitud de cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y documentos de identidad, no podrá requerir que se lleven a cabo intervenciones quirúrgicas totales o parciales ni terapias hormonales, esterilizaciones o modificaciones corporales para sustentar el requerimiento, para otorgar lo solicitado o para probar la identidad de género que motiva dicho procedimiento, por cuanto podría ser contrario al derecho a la integridad personal contenido en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana. En efecto, someter el reconocimiento de la identidad de género de una persona trans a una operación quirúrgica o a un tratamiento de esterilización que no desea, implicaría condicionar el pleno ejercicio de varios derechos, entre ellos, a la vida privada (artículo 11.2 de la Convención), a escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia (artículo 7 de la Convención), y conllevaría a la renuncia del goce pleno y efectivo de su derecho a la integridad personal. Cabe recordar que esta Corte ha indicado en el caso IV. Vs. Bolivia, que la salud, como parte integrante del derecho a la integridad personal, abarca también la libertad de cada persona de controlar su salud y su cuerpo y el derecho a no padecer injerencias, tales como ser sometido a torturas o a tratamientos y experimentos médicos no consentidos. Lo anterior también podría constituir una vulneración al principio de igualdad y no discriminación contenida en los artículos 24 y 1.1 de la Convención puesto que las personas cisgénero no se verían enfrentadas a la necesidad de someterse a ese tipo de obstáculos y de menoscabo a su integridad personal para hacer efectivo su derecho a la identidad.
147. Sobre este punto, el Relator Especial sobre Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes de Naciones Unidas, indicó que los “Estados que permiten modificar los indicadores de género en los documentos de identidad [han llegado a] imponer unos requisitos abusivos, como la reasi-

gnación de sexo mediante una intervención quirúrgica, la esterilización u otros procedimientos médicos forzados o involuntarios [...]. Incluso en aquellos lugares en los que no existe tal requisito legislativo, es frecuente la esterilización forzada de las personas que solicitan una reasignación de sexo. Estas prácticas tienen su origen en la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género, violan los derechos a la integridad física y a la libre determinación de las personas y constituyen malos tratos o torturas". Del mismo modo, el TEDH estableció que la carga impuesta a una persona de probar la necesidad médica de tratamiento, incluida una intervención quirúrgica irreversible, en una de las zonas más íntimas de la vida privada, parece desproporcionado y violatorio del derecho a la vida privada contenida en el artículo 8 de la Convención.

148. Por otra parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indicó en su observación general No. 22 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva que "[l]as leyes y las políticas que perpetúan indirectamente las prácticas médicas coercitivas, como las políticas de contracepción basadas en incentivos o cuotas y la terapia hormonal, así como los requisitos de cirugía o esterilización para el reconocimiento legal de la identidad de género, constituyen violaciones adicionales de la obligación de respetar". Del mismo modo, el Comité sobre Derechos del Niño ha señalado que condenó la "imposición de 'tratamientos' mediante los que se pretende cambiar la orientación sexual de una persona, y que los adolescentes intersexuales sean sometidos a intervenciones quirúrgicas o tratamientos forzados. Insta a los Estados a que erradiquen esas prácticas, deroguen todas las leyes que criminalicen o discriminen a las personas en razón de su orientación sexual, su identidad de género o su condición de personas intersexuales, y aprueben leyes que prohíban la discriminación por esos motivos". En esa misma línea, los principios de Yogyakarta estipulan que ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo esterilización, cirugía de reasignación de sexo y terapia hormonal como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género. Adicionalmente, existe legislación de Argentina, Uruguay, Bolivia, así como decisiones de altas Cortes nacionales de Colombia y Brasil que se han expresado en ese sentido.

f) Los procedimientos referidos a las niñas y niños

149. En lo que respecta a la regulación de los procedimientos de cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad de niños y niñas, esta Corte recuerda en primer término que conforme ha señalado en otros casos, los niños y las niñas son titulares de los mismos derechos que los adultos y de todos los derechos reconocidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. En relación con este punto, la Corte ha sostenido que al aplicarse a niñas y niños, los derechos contenidos en instrumentos generales de derechos humanos deben ser interpretados tomando en consideración el corpus juris sobre derechos de infancia. Además, este Tribunal consideró que el artículo 19 "debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial".
150. Asimismo, esta Corte ha entendido que la debida protección de los derechos de las niñas y niños, en su calidad de sujetos de derechos, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En este sentido, las niñas y niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. Por tal motivo, entonces, la Corte entiende que las medidas pertinentes de protección a favor de las niñas o niños son especiales o más específicas que las que se decretan para el resto de las personas, es decir, los adultos.
151. Del mismo modo, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corte, cuando se trata de la protección de los derechos de niñas y niños y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, además del principio de la autonomía progresiva que ya fuera mencionado (*supra* párr. 150), los siguientes cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño deben inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral: el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña o del niño, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el principio de respeto a la opinión del niño o de la niña en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación.
152. Al respecto, resulta útil recordar que el principio de interés superior implica, como criterio rector, tanto su consideración primordial en el diseño de las políticas públicas y en la elaboración de normativa concerniente a la infancia, como su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida de la niña o del niño. Por otra parte, y en estrecha relación con el derecho a ser oído, la Corte se ha referido en otras decisiones a la obligación de respetar plenamente el derecho de la niña o del niño a ser escuchado en todas las decisiones que afecten su vida. Sobre este punto en particular, el Tribunal especificó también que el derecho

- a ser escuchado de los niños y niñas constituye no solo un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos.
153. Por otro lado, en el marco de los casos contenciosos, este Tribunal ha tenido la oportunidad de referirse al derecho al identidad de las niñas y niños reconocido por el artículo 8 de la Convención sobre Derechos del Niño el cual establece en su primer inciso que “[l]os Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. En esos casos, esta Corte indicó que el derecho a la identidad estaba íntimamente ligado a la persona en su individualidad específica y vida privada. Del mismo modo, en el caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte concluyó que el Estado había violado el derecho a la libertad en un sentido amplio, reconocido en el artículo 7.1 de la Convención, por la sustracción y posterior supresión de la identidad de una niña por parte de las fuerzas de seguridad del Estado. Para la Corte, el derecho en cuestión implica la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia.
 154. De conformidad con lo anterior, esta Corte entiende que las consideraciones relacionadas con el derecho a la identidad de género que fueron desarrolladas supra también son aplicables a los niños y niñas que deseen presentar solicitudes para que se reconozca en los documentos y los registros su identidad de género auto-percibida. Este derecho debe ser entendido conforme a las medidas de protección especial que se dispongan a nivel interno de conformidad con el artículo 19 de la Convención, las cuales deben diseñarse necesariamente en concordancia con los principios del interés superior del niño y de la niña, el de la autonomía progresiva, a ser escuchado y a que se tome en cuenta su opinión en todo procedimiento que lo afecte, de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, así como al principio de no discriminación. Por último, resulta importante resaltar que cualquier restricción que se imponga al ejercicio pleno de ese derecho a través de disposiciones que tengan como finalidad la protección de las niñas y niños, únicamente podrá justificarse conforme a esos principios y la misma no deberá resultar desproporcionada. En igual sentido, resulta pertinente recordar que el Comité sobre Derechos del Niño ha señalado que “todos los adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión y a que se respete su integridad física y psicológica, su identidad de género y su autonomía emergente”.
 155. En el mismo sentido, los principios de Yogyakarta han establecido que “todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen [...] derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos”, siendo que “una consideración primordial en todas las acciones concernientes a niños y niñas será el interés superior del niño o la niña, y que un niño o una niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño o la niña, en función de su edad y madurez”.
 156. Por último, y como un ejemplo de una buena práctica con relación a este tema, el Tribunal no puede dejar de hacer mención a la Ley 26.743 de 23 de mayo de 2002 de Argentina “sobre el derecho a la identidad de género de las personas” cuyo artículo 5 se refiere al trámite de rectificación registral del sexo, el cambio de nombre de pila e imagen de niñas y niños. La norma establece en particular que con relación a las personas menores de 18 años, la solicitud del trámite “deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor [de edad], teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley [...] de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño. [...] Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley [...] de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes”.

g) Sobre la naturaleza del procedimiento

157. Este requisito se encuentra estrechamente relacionado con la segunda pregunta formulada por el Estado Corta Rica, sobre si “¿se podría considerar contrario a la [Convención Americana] que la persona interesada en modificar su nombre de pila solamente pueda acudir a un proceso jurisdiccional sin que exista un procedimiento para ello en vía administrativa?”.
158. Respecto a esta pregunta, cabe recordar lo señalado supra en torno a la identidad de género como una expresión de la individualidad de la persona y la relación que existe entre ese derecho fundamental con la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones sin interferencias externas (*supra* párr. 88). De conformidad con ello, esta Corte ha reconocido el derecho fundamental que le asiste a toda persona a que el sexo o el género consignado en los registros coincida con la identidad

sexual y de género efectivamente asumida y vivida por esta. En ese sentido, el trámite o procedimiento tendiente al reconocimiento de la identidad de género auto-percibida de una persona consistiría en un proceso de adscripción que cada persona tiene derecho a realizar de manera autónoma, y en el cual el papel del Estado y de la sociedad debe consistir meramente en reconocer y respetar dicha adscripción identitaria, sin que la intervención de las autoridades estatales tenga carácter constitutiva de la misma. Es así como el referido procedimiento no puede bajo ningún concepto convertirse en un espacio de escrutinio y validación externa de la identificación sexual y de género de la persona que solicita su reconocimiento (*supra* párr. 133).

159. Por lo expuesto, se puede sostener que si bien los Estados tienen en principio una posibilidad para determinar, de acuerdo a la realidad jurídica y social nacional, los procedimientos más adecuados para cumplir con los requisitos para un procedimiento de rectificación del nombre, y de ser el caso, de la referencia al sexo/género y la imagen fotográfica en los documentos de identidad y en los registros correspondientes, también es cierto que el procedimiento que mejor se ajusta a los requisitos establecidos en esta opinión es el que es de naturaleza materialmente administrativa o notarial, dado que el proceso de carácter jurisdiccional eventualmente puede incurrir, en algunos Estados, en excesivas formalidades y demoras que se observan en los trámites de esa naturaleza. Al respecto, se puede recordar que el Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y “Derecho a la Identidad” establece que los Estados, “de acuerdo con su legislación nacional, promoverán el uso de la vía administrativa, de manera gratuita, para trámites relacionados con procesos registrales con el fin de simplificarlos y descentralizarlos, dejando a salvo como última instancia la utilización de la vía judicial”.
160. Por otra parte, un trámite de carácter jurisdiccional encaminado a obtener una autorización para que se pueda materializar efectivamente la expresión de un derecho de esas características representaría una limitación excesiva para el solicitante y no sería adecuado puesto que debe tratarse de un procedimiento materialmente administrativo, sea en sede judicial, o en sede administrativa. En ese sentido la autoridad encargada de dicho trámite únicamente podría oponerse a dicho requerimiento, sin violar la posibilidad de autodeterminarse y el derecho a la vida privada del solicitante, si constatará algún vicio en la expresión del consentimiento libre e informado del solicitante. Es decir, que una decisión relacionada con una solicitud de adecuación o rectificación con base en la identidad de género, no debería poder asignar derechos, únicamente puede ser de naturaleza declarativa puesto que se deberá limitar a verificar si se cumple con los requisitos inherentes a la manifestación de la voluntad del requirente. De conformidad con lo expresado, la respuesta a la segunda pregunta planteada por el Estado de Costa Rica en torno a la naturaleza que deberían tener los procesos destinados al cambio de nombre a fin de que sean acordes con la identidad de género auto-percibida del solicitante, es la siguiente:

Los Estados cuentan con la posibilidad de establecer y decidir sobre el procedimiento más adecuado de conformidad con las características propias de cada contexto y de su derecho interno, los trámites o procedimientos para el cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que sean acordes con la identidad de género auto-percibida, independientemente de su naturaleza jurisdiccional o materialmente administrativa, deben cumplir con los requisitos señalados en esta opinión, a saber: a) deben estar enfocados a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) deben ser confidenciales. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) deben ser expeditos, y en la medida de lo posible, deben tender a la gratuidad, y e) no deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales.

Dado que la Corte nota que los trámites de naturaleza materialmente administrativos o notariales son los que mejor se ajustan y adecúan a estos requisitos, los Estados pueden proveer paralelamente una vía administrativa, que posibilite la elección de la persona.

161. Finalmente y en concordancia con lo anterior, se puede también señalar que la regulación del procedimiento de cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que puedan ser conformes con la identidad de género auto-percibida, no necesariamente debe ser regulado por ley en la medida que el mismo debe consistir únicamente en un procedimiento sencillo de verificación de la manifestación de voluntad del requirente.

D. Sobre el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica

162. El Estado de Costa Rica solicitó a la Corte que se pronunciara sobre la compatibilidad de la práctica que consiste en aplicar el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica, a las personas que deseen optar por un cambio de nombre a partir de su identidad de género, con los artículos 11.2, 18 y 24, en relación con el artículo 1.1 de la Convención. En particular, formuló la siguiente pregunta: “¿Podría entenderse que el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, debe ser interpretado, de acuerdo con la

- CADH, en el sentido de que las personas que deseen cambiar su nombre de pila a partir de su identidad de género no están obligadas a someterse al proceso jurisdiccional allí contemplado, sino que el Estado debe proveerles un trámite administrativo gratuito, rápido y accesible para ejercer ese derecho humano?”.
163. Por su parte, el artículo 54 del Código Civil establece que “[t]odo costarricense inscrito en el Registro del Estado Civil puede cambiar su nombre con autorización del Tribunal lo cual se hará por los trámites de la jurisdicción voluntaria promovidos al efecto”. Por su parte, el artículo 55 del Código Civil indica que “[u]na vez presentada la solicitud de cambio, el Tribunal ordenará publicar un edicto en el Diario Oficial concediendo 15 días de término para presentar oposiciones” y el artículo 56 del Código Civil señala que “[e]n toda solicitud de cambio o modificación de nombre será oído el Ministerio Público y antes de resolver lo precedente el Tribunal recabará un informe de buena conducta anterior y falta de antecedentes policíacos del solicitante. Igualmente lo hará saber al Ministerio de Seguridad Pública”.
 164. La Corte constata en primer término que, si bien la solicitud de opinión versa sobre el artículo 54 del Código Civil, el cual menciona el procedimiento de cambio de nombre, esa norma se encuentra estrechamente relacionada con los artículos 55 y 56 del mismo cuerpo legal en la medida que éstos especifican algunas de las modalidades concretas de dicho trámite. En consecuencia, el análisis que efectuará el Tribunal se referirá a estos tres artículos.
 165. De acuerdo a lo informado por la Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica durante el trámite de la presente opinión consultiva, la “Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, prevé en su artículo 65 la posibilidad de modificación en sede administrativa de los asientos registrales. En este caso y a partir de la aplicación del artículo 45 del Reglamento del Registro del Estado Civil, en la práctica administrativa se considera que la modificación registral de los asientos y en especial del nombre por la vía del ocurso, sólo procede en sede administrativa en el caso de errores ortográficos o en la grafía. En casos de modificación total de éste, las personas están obligadas a acudir a lo dispuesto en el artículo 54 del Código Civil”.
 166. Con respecto a lo anterior, la Defensoría agregó que “actualmente la aplicación del ocurso como recurso administrativo para la modificación de los asientos registrales, incluyendo el nombre y el sexo, no presenta limitaciones legales en el tanto las normas que lo regulan no diferencian en cuanto a los asientos del registro que pueden ser modificados a través de este procedimiento. No obstante, tal y como se ha constatado en reiteradas ocasiones, la negativa de su aplicación obedece a la interpretación de las normas por parte del Tribunal Supremo de Elecciones y la práctica administrativa que deriva de ella [...]”.
 167. Sobre este punto, cabe señalar que no le corresponde a este Tribunal determinar la correcta aplicación o no de las normas nacionales a la luz de las disposiciones de derecho interno, ni tampoco indicar cuál es el órgano competente para conocer sobre determinada materia a la luz de la normatividad de Costa Rica. Con relación a esta pregunta, únicamente le corresponde a esta Corte interpretar los derechos contenidos en la Convención y determinar si las normas de derecho interno referidas - en este caso el artículo 54 del Código Civil - se ajustan a las disposiciones de la Convención Americana.
 168. En lo que se refiere al procedimiento de cambio de nombre al que remite el artículo 54 del Código Civil, la Corte constata que: a) se refiere únicamente al cambio de nombre y no a otros elementos inherentes al derecho a la identidad como, por ejemplo, la inscripción del sexo o género en los registros y en los documentos de identidad; b) se refiere a un procedimiento de tipo judicial; c) abre la posibilidad para que se presenten oposiciones a la solicitud de cambio de nombre; d) es necesaria la intervención de un tercero (el Ministerio Público), y e) se exige la presentación de antecedentes de “buena conducta” y policíacos.
 169. En el apartado anterior, se verificó que un procedimiento que tiene por objetivo resolver una solicitud de adecuación de los registros y los documentos de identidad a la identidad de género del solicitante debe, entre otros requisitos a) estar enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) la decisión que resuelve la solicitud debe estar basada únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante, sin que terceras personas puedan interferir arbitrariamente en su derecho personalísimo a la identidad de género; c) debe tender a la gratuidad, y llevarse a cabo con prontitud; d) no debe requerir la presentación de pruebas médicas o psicológicas, antecedentes de vida privada o penales, y e) debe ser de preferencia un procedimiento de tipo materialmente administrativo o notarial y no jurisdiccional.
 170. La Corte nota que los requisitos establecidos en los artículos 55 y 56 del Código Civil de Costa Rica no cumplen a cabalidad con los elementos mencionados, en la medida que introducen la posibilidad de que se planteen oposiciones de terceros y del Ministerio Público. Lo anterior implica, por tanto, que la eventual decisión del juez no sería únicamente de carácter declarativo. Además, el artículo 55 del Código Civil indica que el juez debe ordenar la publicación de un edicto en el Diario Oficial, lo cual implica que el procedimiento no sea de carácter reservado. Finalmente, el artículo 56 del Código Civil de Costa Rica requiere la presentación de un informe de buena conducta anterior y falta de antecedentes policíacos del solicitante, requisito que según se ha indicado (*supra* párr. 168) resulta incompatible con los procedimientos de adecuación de los datos de identidad a la identidad de género auto-percibida.

171. De conformidad con lo expresado, la Corte considera que la respuesta a la tercer pregunta planteada por el Estado de Costa Rica es la siguiente:

El artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, en su redacción actual, sería conforme a las disposiciones de la Convención Americana, únicamente si el mismo es interpretado, bien sea en sede judicial o reglamentado administrativamente, en el sentido que el procedimiento que esa norma establece pueda garantizar que las personas que deseen cambiar sus datos de identidad para que sean conformes a su identidad de género auto-percibida, sea un trámite materialmente administrativo, que cumpla con los siguientes aspectos: a) debe estar enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida, b) debe estar basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como las certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes, c) debe ser confidencial. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género, d) debe ser expedito y en la medida de lo posible debe tender a la gratuidad, y e) no debe exigir la acreditación de intervenciones quirúrgicas y/o tratamientos hormonales.

En consecuencia, en virtud del control de convencionalidad, el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica debe ser interpretado de conformidad con los estándares previamente establecidos para que las personas que desean adecuar integralmente los registros y/o los documentos de identidad a su identidad de género auto-percibida puedan gozar efectivamente de ese derecho humano reconocido en los artículos 3, 7, 11.2, 13 y 18 de la Convención Americana.

El Estado de Costa Rica, con el propósito de garantizar de la manera más efectiva la protección de los derechos humanos, podrá expedir un reglamento mediante el cual incorpore los estándares antes mencionados al procedimiento de naturaleza materialmente administrativa, que puede proveer de forma paralela, de conformidad a lo señalado en los párrafos anteriores de la presente opinión (supra párr. 160).

...omissis...

172. La cuarta y la quinta preguntas sobre las cuales el Estado de Costa Rica solicita la opinión de este Tribunal, atañen a los derechos patrimoniales derivados de “vínculos entre personas del mismo sexo”. En el presente capítulo, el Tribunal se referirá en primer lugar a los estándares aplicables al “vínculo” al cual hace alusión Costa Rica, para después responder a la segunda parte de la pregunta, relativa a los mecanismos por los cuales el referido vínculo debe ser protegido de acuerdo a la Convención Americana.

A. La protección convencional del vínculo entre parejas del mismo sexo

173. De forma preliminar, el Tribunal constata que la representación de Costa Rica, en su solicitud de opinión consultiva, no explicitó a cuál vínculo entre personas del mismo sexo se refería. No obstante, la Corte observa que en la pregunta formulada, el Estado hace alusión al artículo 11.2 de la Convención, el cual protege a las personas, *inter alia*, de injerencias arbitrarias a la vida privada y familiar. En tal virtud, el Tribunal entiende que las preguntas remitidas por el Estado versan sobre los derechos patrimoniales que derivan de un vínculo resultante de relaciones afectivas entre parejas del mismo sexo, tal y como sucedió en el caso *Duque vs. Colombia*. Además, la Corte observa que, en términos generales, los derechos producto de relaciones afectivas entre parejas, suelen estar tutelados y protegidos por la Convención a través del instituto de la familia y el de la vida familiar.
174. Con respecto a ello, el Tribunal recuerda en primer lugar que la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la familia y la vida familiar de manera complementaria. Es así como esta Corte ha considerado que las posibles vulneraciones a este bien jurídico tutelado, deben analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada y familiar, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 del mismo cuerpo legal. Ninguna de las normas citadas contiene una definición taxativa de qué debe entenderse por “familia”. Sobre el particular, la Corte ha señalado que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo en particular de la misma.

...omissis...

178. En conjunción con lo anterior, la Corte observa que en la actualidad existen diversas formas en las que se materializan vínculos familiares que no se limitan a relaciones fundadas en el matrimonio. En este sentido, este Tribunal ha opinado que:

“[...] [L]a definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales. Además, en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el

cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, los “lazos familiares” pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos. Es por ello que el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del núcleo familiar de la niña o del niño [...]”.

...omissis...

186. Ahora bien, la Corte constata que durante los trabajos preparatorios a la adopción de la Convención, no hubo discusión alguna que versara sobre si se debía considerar a las parejas del mismo sexo como una forma de familia. Esto, sin duda sucedió en atención al momento histórico en que dicha adopción ocurrió. No obstante, se podrían tener consideraciones similares respecto de otras modalidades familiares, incluyendo aquellas en las cuales sus integrantes no asumen roles basados en estereotipos de género.
187. A juicio del Tribunal, tales circunstancias hacen que la afirmación sostenida en reiteradas ocasiones por esta Corte y su par Europeo adquiera especial fuerza y vigencia: los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. De este modo, la interpretación evolutiva confluye con la observancia del objeto y fin de la Convención Americana. Como fue establecido con anterioridad (*supra* párr. 58), la interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación contenidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
188. Al respecto, la Corte Internacional de Justicia ha señalado que en determinados tratados internacionales, la intención de los Estados parte es precisamente utilizar un lenguaje cuyo significado no sea fijo, sino que sea capaz de evolucionar para permitir el desarrollo en el Derecho Internacional. En tales circunstancias, justamente para respetar la intención inicial de los Estados, es necesario realizar una interpretación evolutiva. Todo ello se encuentra fundado en la premisa que, cuando los Estados han utilizado términos genéricos en un tratado, indefectiblemente tendrían que haber sido conscientes que el significado de éstos cambiaría con el tiempo. En dichos casos, la Corte Internacional de Justicia ha establecido que, como regla general, se debe presumir que la intención de los Estados contratantes es que los referidos términos genéricos tienen y tendrán un significado que evolucionará.
189. En efecto, una interpretación restrictiva del concepto de “familia” que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo, frustraría el objeto y fin de la Convención. La Corte recuerda que el objeto y fin de la Convención Americana es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”, sin distinción alguna.
190. El vínculo afectivo que la Convención protege es imposible de cuantificar o codificar, motivo por el cual, desde su jurisprudencia más temprana, esta Corte ha entendido el concepto de familia de una manera flexible y amplia. La riqueza y diversidad de la región se han visto reflejadas en los casos sometidos a la competencia contenciosa de la Corte, y ello ha dado cuenta de las diversas configuraciones familiares que pueden ser protegidas, incluyendo familias poligámicas.
191. Teniendo en cuenta lo anterior, esta Corte no encuentra motivos para desconocer el vínculo familiar que parejas del mismo sexo pueden establecer por medio de relaciones afectivas con ánimo de permanencia, que buscan emprender un proyecto de vida conjunto, típicamente caracterizado por cooperación y apoyo mutuo. A juicio de este Tribunal, no es su rol distinguir la valía que tiene un vínculo familiar respecto de otro. No obstante, esta Corte estima que sí es obligación de los Estados reconocer estos vínculos familiares y protegerlos de acuerdo a la Convención.
192. Por estas razones, la Corte coincide con su par Europeo en cuanto a que sería una distinción artificial afirmar que una pareja del mismo sexo no puede gozar de un vínculo familiar como lo podría hacer una pareja heterosexual. Asimismo, como ya se indicó, una familia también puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y/o orientación sexual (*supra* párr. 179). El Tribunal estima importante destacar que con ello, no se está demeritando otras modalidades de familia, ni tampoco se está desconociendo la importancia de esta institución como elemento fundamental de la sociedad; por el contrario, la Corte le está reconociendo igual dignidad al vínculo afectivo de una pareja conformada por dos personas que son parte de una minoría históricamente oprimida y discriminada.
193. Quienes redactaron y adoptaron la Convención Americana no presumían conocer el alcance absoluto de los derechos y libertades fundamentales allí reconocidos, motivo por el cual, la Convención le confiere a los Estados y a la Corte la tarea de descubrir y proteger dichos alcances conforme al cambio de los tiempos. Así, la Corte considera no estar apartándose de la intención inicial de los Estados que pactaron la Convención; por el contrario, al reconocer este vínculo familiar el Tribunal se apeg a dicha intención original.
194. Ahora bien, el Tribunal estima que la protección de esta modalidad familiar tiene dos vertientes. La primera, surge del artículo 1.1 de la Convención, el cual es una norma de carácter general cuyo contenido

se extiende a todas las disposiciones del tratado (*supra* párr. 63). Asimismo, esta protección se extiende a todos los instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y, en general, a cualquier tratado internacional en materia de derechos humanos que contenga alguna cláusula de protección a la familia.

195. La segunda vertiente de la protección a este tipo de modalidad familiar, remite al derecho interno de los Estados en virtud del artículo 24 de la Convención. Es decir, la “igual protección de la ley” respecto a todo el ordenamiento jurídico interno de un Estado y a su aplicación (*supra* párr. 64).
196. Al respecto, la Corte ya con anterioridad ha señalado que los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, establecen en el Principio No. 13 que todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Por lo tanto, los Estados deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género), otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte.
197. Del mismo modo, la Corte ha observado que existe una lista en expansión de derechos, beneficios y responsabilidades de las cuales las parejas del mismo sexo podrían ser titulares. Estos aspectos incluyen - entre otros - impuestos, la herencia y los derechos de propiedad, reglas de la sucesión intestada, privilegio del cónyuge en el derecho procesal probatorio, autoridad para tomar decisiones médicas, los derechos y beneficios de los sobrevivientes, certificados de nacimiento y defunción, normas de ética profesional, restricciones financieras en temas electorales, beneficios de compensación laboral, seguro de salud y custodia de los hijos. Todo ello, a juicio del Tribunal, debe ser asegurado sin discriminación alguna a las familias conformadas por parejas del mismo sexo.
198. Tomando en cuenta lo anteriormente expuesto, la Corte considera que el alcance de la protección del vínculo familiar de una pareja de personas del mismo sexo trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales. Como fue constatado por este Tribunal, las implicaciones del reconocimiento de este vínculo familiar permean otros derechos como los derechos civiles y políticos, económicos, o sociales así como otros internacionalmente reconocidos. Asimismo, la protección se extiende a aquellos derechos y obligaciones establecidos por las legislaciones nacionales de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales.
199. En virtud de lo arriba descrito, en respuesta a la cuarta pregunta planteada por el Estado de Costa Rica, la cual se refiere a la protección de los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo, la Corte concluye que:

La Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo. La Corte estima también que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículos 1.1 y 24), todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales (supra párr. 198).

B. Los mecanismos por los cuales el Estado podría proteger las familias diversas

200. Con el objeto de responder a la quinta pregunta presentada por el Estado de Costa Rica, el Tribunal considera pertinente examinar cuál ha sido la práctica internacional relevante para asegurar los derechos derivados del vínculo familiar entre parejas del mismo sexo. Es así como en el presente apartado, la Corte se referirá a algunas de las medidas de orden legislativo, judicial y administrativo que han sido emprendidas para tal efecto.
201. Esta Corte constató en el caso *Duque vs. Colombia* que diversos Estados de la región han tomado acciones legislativas, administrativas y judiciales para asegurar los derechos de parejas del mismo sexo, a través del reconocimiento tanto de la unión civil o unión de hecho, como el matrimonio igualitario.
202. Además, el Tribunal ha sostenido reiteradamente que el artículo 1.1 de la Convención tiene dos vertientes. Por una parte, se encuentra la obligación de respeto (negativa) que implica que los Estados se deben de abstener de cometer actos que conculquen los derechos y libertades fundamentales reconocidas por la Convención; por la otra, se encuentran las obligaciones de garantía (positivas) de los Estados. Estas

obligaciones implican el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Estas obligaciones se configuran y deben manifestarse de diferentes formas, dependiendo del derecho del cual se trate. Es evidente, por ejemplo, que para asegurar la igualdad y no discriminación de jure y de facto no se requiere de los mismos actos por parte del Estado, que para asegurar el ejercicio de la libertad de expresión. Aunado a ello, se encuentra la obligación general contenida en el artículo 2 que requiere a los Estados adecuar su derecho interno para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención.

...omissis...

206. En el caso de la Ciudad de México está permitida la “sociedad de convivencia” de las parejas del mismo sexo desde el año 2006 y el matrimonio desde 2009. A nivel Federal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró en 2015 que: “La ley de cualquier entidad federativa que, por un lado, considere que la finalidad de[l] [matrimonio] es la procreación y/o que lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional”. La Suprema Corte señaló que pretender vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial o con la procreación es discriminatorio, pues excluye injustificadamente del acceso a dicha institución a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales. La distinción fue considerada discriminatoria porque las preferencias sexuales no constituyen un aspecto relevante para hacer la distinción en relación con el fin constitucionalmente imperioso. Como la finalidad del matrimonio no es la procreación, no tiene razón justificada que la unión matrimonial sea heterosexual, ni que se enuncie como “entre un solo hombre y una sola mujer”. La Suprema Corte estimó que dicha enunciación resulta discriminatoria en su mera expresión y “recordó que ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, tanto por parte de autoridades estatales como de particulares, pueden disminuir o restringir los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”.
207. En Uruguay, desde el año 2007, existe una Ley sobre la Unión Concubinaria que se aplica a las parejas del mismo sexo que incluye a los beneficiarios de la pensión de sobrevivencia a las personas que hubieran mantenido con el causante una convivencia ininterrumpida en unión concubinaria de carácter exclusivo, singular, estable y permanente, cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual. Posteriormente, desde el 2013, Uruguay adoptó el matrimonio de las parejas del mismo sexo.
208. En el caso de Argentina, la ciudad de Buenos Aires autorizó la unión civil de las parejas del mismo sexo desde el año 2002. A nivel nacional, el matrimonio de las parejas del mismo sexo es legal desde el año 2010. La ley precisa que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.
209. En Brasil, el 5 de mayo de 2011, el Supremo Tribunal Federal garantizó a las parejas de mismo sexo los mismos derechos que los de las parejas heterosexuales. Asimismo, el 14 de mayo de 2013, el Consejo Nacional de Justicia declaró que no es posible negar el matrimonio o las uniones de hecho de las parejas del mismo sexo sobre la base del principio de no discriminación.
210. Del mismo modo, en Chile, a partir de abril de 2015 cobró vigencia la ley que crea el acuerdo de unión civil que beneficia a parejas del mismo sexo, quienes en caso de suscribir dicho acuerdo pasan a estar relacionadas por un parentesco de afinidad. Esa unión de convivencia civil genera efectos patrimoniales y no patrimoniales (artículos 14 a 12).
211. Asimismo, en Ecuador, la unión de hecho de parejas del mismo sexo fue reconocida en el año 2015 a través de una reforma del código civil. Desde el año 2014 una resolución de la dirección general de registro civil, identificación y cedulação permitía la inscripción en el registro civil de una unión de hecho.
212. En el caso de Colombia, la Corte Constitucional señaló en la Sentencia C-577-11, que “las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual”. Más adelante, el 7 de abril de 2016 la Corte Constitucional reconoció el matrimonio entre parejas del mismo sexo. En esa oportunidad, la Corte señaló que no había motivo constitucionalmente atendible que justifique negar al compañero o compañera del mismo sexo que sobrevive al causante el derecho a recoger la herencia de la persona con quien conformó una familia, menos aún si, con el propósito protector que inspira la regulación superior de la familia, ese derecho ya ha sido reconocido al compañero o compañera permanente que sobrevive tratándose de la unión de hecho integrada por heterosexuales, también reconocida como familia y, por este aspecto, equiparable a la unión de hecho entre personas del mismo sexo. Finalmente, la Corte ha enfatizado que la familia conformada por personas del mismo sexo es, como las demás, “institución básica y núcleo fundamental de la sociedad”, por lo que “merece la protección de la sociedad misma y del Estado”.
213. En Canadá, desde el 20 de julio de 2005 se legalizó el matrimonio entre personas del mismo sexo a nivel federal. Sin embargo, esa disposición ya había sido adoptada en varios Estados canadienses con

- anterioridad a esa fecha. Por otro lado, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos reconoció que el derecho al casarse le asistía también a las parejas del mismo sexo.
214. Existen, además, otros mecanismos de protección de los derechos que derivan del vínculo familiar entre parejas del mismo sexo, que no crean figuras jurídicas en particular, sino que se refieren a derechos o instituciones jurídicas que operan en campos específicos. Así, por ejemplo, la Corte observa que algunos Estados han emprendido acciones que buscan proteger el derecho a la salud, a la seguridad social en pensiones, a la extensión de la obligación de alimentos entre los miembros de la pareja y a los derechos hereditarios, entre otros. Tal es el caso de Costa Rica, que por medio de actos administrativos ha dado acceso a beneficios familiares del seguro social a parejas del mismo sexo. Del mismo modo, ha dado acceso al régimen de “Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense del Seguro Social” que permite que tengan acceso a beneficios de pensión por fallecimiento de una de las personas que integran la pareja.
 215. Colombia por medio de sucesivas sentencias de la Corte Constitucional extendió el reconocimiento de una serie de derechos derivados de vínculos familiares a parejas del mismo sexo, sobre la base del reconocimiento al derecho a la identidad, a la dignidad humana y a la no discriminación. De esta manera, en materia de salud se extendió la cobertura familiar del Plan Obligatorio de Salud a las parejas del mismo sexo, se reconoció el derecho a la pensión de sobrevivientes a las parejas del mismo sexo, y se reconocieron, a su vez, los derechos sucesorios de las personas que viven en Unión Marital de Hecho.
 216. En Argentina, desde el año 2008, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había reconocido el derecho a la pensión a los convivientes del mismo sexo. En 2011, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció el derecho al pago retroactivo de la pensión por fallecimiento a las parejas del mismo sexo a partir de la muerte de su pareja. En Brasil, por su parte, el 10 de diciembre de 2010, se reconoció por un decreto ejecutivo el derecho a las parejas del mismo sexo a recibir pensión por la muerte de uno de los cónyuges.
 217. De conformidad con lo anterior, la Corte observa que existen medidas administrativas, judiciales y legislativas de diversa índole que pueden ser adoptadas por los Estados para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo. Como fue mencionado con anterioridad, los artículos 11.2 y 17 de la Convención no protegen un modelo en particular de familia, y ninguna de estas disposiciones puede ser interpretada de manera tal que se excluya a un grupo de personas a los derechos allí reconocidos.
 218. En efecto, si un Estado decide que para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo no es necesaria la creación de nuevas figuras jurídicas, y por ende, opta por extender las instituciones existentes a las parejas compuestas por personas del mismo sexo –incluyendo el matrimonio–, de conformidad con el principio pro persona contenido en el artículo 29 de la Convención, tal reconocimiento implicaría que esas figuras extendidas estarían también protegidas por los artículos 11.2 y 17 de la Convención. El Tribunal considera que este sería el medio más sencillo y eficaz para asegurar los derechos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo.
 219. Por otra parte, la Corte reitera su jurisprudencia constante en cuanto a que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países respecto del respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido (*supra* párr. 83).
 220. Establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo en la forma en que puedan fundar una familia - sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil - no logra superar un test estricto de igualdad (*supra* párr. 81) pues, a juicio del Tribunal, no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para que esta distinción sea considerada necesaria o proporcional.
 221. La Corte advierte que para negar el derecho de acceder a la institución del matrimonio, típicamente se esgrime como argumento que su finalidad es la procreación y que ese tipo uniones no cumplirían con tal fin. En este sentido, la Corte estima que esa afirmación es incompatible con el propósito del artículo 17 de la Convención, a saber la protección de la familia como realidad social. Asimismo, la Corte considera que la procreación no es una característica que defina las relaciones conyugales, puesto que afirmar lo contrario sería degradante para las parejas –casadas o no– que por cualquier motivo carecen de capacidad generandi o de interés en procrear.
 222. Por otro lado, el significado de la palabra “matrimonio” al igual que la de “familia” ha variado conforme al paso de los tiempos (*supra* párr. 177). Si bien la etimología es siempre ilustrativa, nadie pretende una imposición semántica de la etimología, pues de lo contrario se debería igualmente excluir del lenguaje otra numerosa cantidad de vocablos cuya semántica se aparta de su etimología.
 223. Aunado a lo anterior, la evolución del matrimonio da cuenta de que su actual configuración responde a la existencia de complejas interacciones entre aspectos de carácter cultural, religioso, sociológico, económico, ideológico y lingüístico. En ese sentido, la Corte observa que en ocasiones, la oposición al matrimonio de personas del mismo sexo está basada en convicciones religiosas o filosóficas. El Tribunal reconoce el importante rol que juegan dichas convicciones en la vida y en la dignidad de las personas que la profesan; no obstante, éstas no pueden ser utilizadas como parámetro de convencionalidad pue-

sto que la Corte estaría impedida de utilizarlos como una guía interpretativa para determinar los derechos de seres humanos. En tal sentido, el Tribunal es de la opinión que tales convicciones no pueden condicionar lo que la Convención establece respecto de la discriminación basada en orientación sexual. Es así como en sociedades democráticas debe existir coexistencia mutuamente pacífica entre lo secular y lo religioso; por lo que el rol de los Estados y de esta Corte, es reconocer la esfera en la cual cada uno de éstos habita, y en ningún caso forzar uno en la esfera de otro.

224. Asimismo, a consideración del Tribunal, crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre carece de cualquier sentido, salvo el de señalar socialmente a las parejas del mismo sexo con una denominación que indique una diferencia sino estigmatizante, o por lo menos como señal de subestimación. Conforme a ello, existiría el matrimonio para quienes, de acuerdo al estereotipo de heteronormatividad, fuesen considerados “normales” en tanto que otra institución de idénticos efectos pero con otro nombre, se indicaría para quienes fuesen considerados “anormales” según el mencionado estereotipo. Con base en ello, para la Corte, no es admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual, ya que se configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas, que resultaría discriminatoria, y por tanto incompatible con la Convención Americana.
225. Por otra parte, como ya fuera señalado, el Tribunal entiende que del principio de la dignidad humana deriva la plena autonomía de la persona para escoger con quién quiere sostener un vínculo permanente y marital, sea natural (unión de hecho) o solemne (matrimonio). Esta elección libre y autónoma forma parte de la dignidad de cada persona y es intrínseca a los aspectos más íntimos y relevantes de su identidad y proyecto de vida (artículos 7.1 y 11.2). Además, la Corte considera que siempre y cuando exista la voluntad de relacionarse de manera permanente y conformar una familia, existe un vínculo que merece igualdad de derechos y protección sin importar la orientación sexual de sus contrayentes (artículos 11.2 y 17). Al afirmar esto, el Tribunal no se encuentra restando valor a la institución del matrimonio, sino por el contrario, lo estima necesario para reconocerle igual dignidad a personas que pertenecen a un grupo humano que ha sido históricamente oprimido y discriminado (*supra* párr. 33).
226. No obstante lo expuesto, esta Corte no puede ignorar que es posible que algunos Estados deban vencer dificultades institucionales para adecuar su legislación interna y extender el derecho de acceso a la institución matrimonial a las personas del mismo sexo, en especial cuando median formas rígidas de reforma legislativa, susceptibles de imponer un trámite no exento de dificultades políticas y de pasos que requieren cierto tiempo. Dado que estas reformas son fruto de una evolución jurídica, judicial o legislativa, que va abarcando otras zonas geográficas del continente y se recoge como interpretación progresiva de la Convención, se insta a esos Estados a que impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos.
227. De cualquier manera, los Estados que aún no garanticen a las personas del mismo sexo su derecho de acceso al matrimonio, están igualmente obligados a no violar las normas que prohíben la discriminación de estas personas, debiendo por ende, garantizarles los mismos derechos derivados del matrimonio, en el entendimiento que siempre se trata de una situación transitoria.
228. Tomando en cuenta lo anteriormente expuesto, en respuesta a la quinta pregunta del Estado de Costa Rica, en torno a si es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación, la respuesta de la Corte es que:

Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna.

...omissis...

229. Por las razones expuestas, en interpretación de los artículos 1.1, 2, 11, 17, 18 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

LA CORTE,
DECIDE

por unanimidad, que:

1. Es competente para emitir la presente opinión consultiva, en los términos establecidos en los párrafos 13 a 29.

Y ES DE OPINIÓN

por unanimidad, que:

2. El cambio de nombre y en general la adecuación de los registros públicos y de los documentos de identidad para que estos sean conformes a la identidad de género auto-percibida constituye un derecho protegido por los artículos 3, 7.1, 11.2 y 18 de la Convención Americana, en relación con el 1.1 y 24 del mismo instrumento, por lo que los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines, en los términos establecidos en los párrafos 85 a 116.

por unanimidad, que:

3. Los Estados deben garantizar que las personas interesadas en la rectificación de la anotación del género o en su caso a las menciones del sexo, en cambiar su nombre, adecuar su imagen en los registros y/o en los documentos de identidad de conformidad con su identidad de género auto-percibida, puedan acudir a un procedimiento o un trámite: a) enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) debe ser confidencial. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) debe ser expedito y en la medida de lo posible debe tender a la gratuidad, y e) no debe requerir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales. El procedimiento que mejor se adecua a esos elementos es el procedimiento o trámite materialmente administrativo o notarial. Los Estados pueden proveer paralelamente una vía administrativa, que posibilite la elección de la persona, en los términos establecidos en los párrafos 117 a 161.

por unanimidad, que:

4. El artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, en su redacción actual, sería conforme a las disposiciones de la Convención Americana, únicamente si el mismo es interpretado, bien sea en sede judicial o reglamentado administrativamente, en el sentido que el procedimiento que esa norma establece pueda garantizar que las personas que deseen cambiar sus datos de identidad para que sean conformes a su identidad de género auto-percibida, sea un trámite materialmente administrativo, que cumpla con los siguientes aspectos: a) debe estar enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) debe estar basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) debe ser confidencial. Además los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) debe ser expedito y en la medida de lo posible debe tender a la gratuidad, y e) no debe exigir la acreditación de intervenciones quirúrgicas y/o tratamientos hormonales. En consecuencia, en virtud del control de convencionalidad, el artículo 54 del Código Civil debe ser interpretado de conformidad con los estándares previamente establecidos para que las personas que desean adecuar integralmente los registros y/o los documentos de identidad a su identidad de género auto-percibida puedan gozar efectivamente de ese derecho humano reconocido en los artículos 3, 7, 11.2, 13 y 18 de la Convención Americana en los términos establecidos en los párrafos 162 a 171.

por unanimidad, que:

5. El Estado de Costa Rica, con el propósito de garantizar de manera más efectiva la protección de los derechos humanos, podrá expedir un reglamento mediante el cual incorpore los estándares antes mencionados al procedimiento de naturaleza administrativa el cual puede proveer de forma paralela, de conformidad a lo señalado en los párrafos anteriores de la presente opinión en los términos establecidos en los párrafos 162 a 171.

por unanimidad, que:

6. La Convención Americana, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), protege el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo en los términos establecidos en los párrafos

173 a 199.

por unanimidad, que:

7. El Estado debe reconocer y garantizar todos los derechos que se derivan de un vínculo familiar entre personas del mismo sexo de conformidad con lo establecido en los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, y en los términos establecidos en los párrafos 200 a 218.

por seis votos a favor y uno en contra, que:

8. De acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales, en los términos establecidos en los párrafos 200 a 228.

...omissis...

Avvocato Generale della Cgue Melchior Wathelet

Conclusioni dell'Avvocato Generale della Cgue Melchior Wathelet relative alla causa C 673/16, *Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept contro Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne, Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, 11 gennaio 2018¹.

I. Introduzione

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale in esame verte sugli articoli 2, punto 2, lettera a), 3, paragrafi 1 e 2, lettere a) e b), e 7, paragrafo 2, della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (2).
2. Essa fornisce alla Corte l'occasione di pronunciarsi, per la prima volta, sulla nozione di «coniuge» ai sensi della direttiva 2004/38 nel contesto di un matrimonio concluso tra due uomini. Il compito è delicato in quanto, se è vero che il matrimonio è un istituto giuridico, nello specifico e limitato contesto della libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea, la definizione della nozione di «coniuge» che sarà adottata coinvolgerà, necessariamente, l'identità stessa degli uomini e delle donne interessati – e dunque la loro dignità – ma altresì la concezione personale e sociale che i cittadini dell'Unione hanno del matrimonio, la quale può variare da una persona all'altra, da uno Stato membro all'altro.

II. Contesto normativo

A. Diritto dell'Unione

1. Carta

3. L'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta»), rubricato «Rispetto della vita privata e della vita familiare», dispone quanto segue:
«Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni».
4. Ai sensi dell'articolo 9 della Carta, «[i]l diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio».
5. L'articolo 21, paragrafo 1, della Carta, per parte sua, vieta «qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche gene-

¹ Il testo è riportato senza note. Si può consultare il testo completo su www.curia.europa.eu.

tiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale».

2. Trattato FUE

6. Ai sensi dell'articolo 21 TFUE, «[o]gni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi».

3. Direttiva 2004/38

7. I considerando 2, 5, 6 e 31 della direttiva 2004/38 enunciano quanto segue:

«(2) La libera circolazione delle persone costituisce una delle libertà fondamentali nel mercato interno che comprende uno spazio senza frontiere interne nel quale è assicurata tale libertà secondo le disposizioni del trattato. (...)»

(5) Il diritto di ciascun cittadino dell'Unione di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri presuppone, affinché possa essere esercitato in oggettive condizioni di libertà e di dignità, la concessione di un analogo diritto ai familiari, qualunque sia la loro cittadinanza. Ai fini della presente direttiva, la definizione di "familiare" dovrebbe altresì includere il partner che ha contratto un'unione registrata, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio.

(6) Per preservare l'unità della famiglia in senso più ampio senza discriminazione in base alla nazionalità, la situazione delle persone che non rientrano nella definizione di familiari ai sensi della presente direttiva, e che pertanto non godono di un diritto automatico di ingresso e di soggiorno nello Stato membro ospitante, dovrebbe essere esaminata dallo Stato membro ospitante sulla base della propria legislazione nazionale, al fine di decidere se l'ingresso e il soggiorno possano essere concessi a tali persone, tenendo conto della loro relazione con il cittadino dell'Unione o di qualsiasi altra circostanza, quali la dipendenza finanziaria o fisica dal cittadino dell'Unione. (...)»

(31) La presente direttiva rispetta i diritti e le libertà fondamentali e osserva i principi riconosciuti segnatamente dalla [Carta]. In conformità con il divieto di discriminazione contemplato nella Carta gli Stati membri dovrebbero dare attuazione alla presente direttiva senza operare tra i beneficiari della stessa alcuna discriminazione fondata su motivazioni quali sesso, razza, colore della pelle, origine etnica o sociale, caratteristiche genetiche, lingua, religione o convinzioni personali, opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, appartenenza ad una minoranza etnica, patrimonio, nascita, handicap, età o tendenze sessuali».

8. L'articolo 2 della direttiva 2004/38, rubricato «Definizioni», prevede quanto segue:

«Ai fini della presente direttiva, si intende per:

(...)

2) "familiare":

a) il coniuge;

b) il partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante;

c) i discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico e quelli del coniuge o partner di cui alla lettera b);

d) gli ascendenti diretti a carico e quelli del coniuge o partner di cui alla lettera b);

(...))».

9. L'articolo 3 della direttiva 2004/38, rubricato «Aventi diritto», è così formulato:

«1. La presente direttiva si applica a qualsiasi cittadino dell'Unione che si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, nonché ai suoi familiari ai sensi dell'articolo 2, punto 2, che accompagnino o raggiungano il cittadino medesimo.

2. Senza pregiudizio del diritto personale di libera circolazione e di soggiorno dell'interessato lo Stato membro ospitante, conformemente alla sua legislazione nazionale, agevola l'ingresso e il soggiorno delle seguenti persone:

a) ogni altro familiare, qualunque sia la sua cittadinanza, non definito all'articolo 2, punto 2, se è a carico o convive, nel paese di provenienza, con il cittadino dell'Unione titolare del diritto di soggiorno a titolo principale o se gravi motivi di salute impongono che il cittadino dell'Unione lo assista personalmente;

b) il partner con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata.

Lo Stato membro ospitante effettua un esame approfondito della situazione personale e giustifica l'eventuale rifiuto del loro ingresso o soggiorno».

10. L'articolo 7, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2004/38, rubricato «Diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi», dispone quanto segue:

«1. Ciascun cittadino dell'Unione ha il diritto di soggiornare per un periodo superiore a tre mesi nel territorio di un altro Stato membro, a condizione:

- a) di essere lavoratore subordinato o autonomo nello Stato membro ospitante; o
- b) di disporre, per se stesso e per i propri familiari, di risorse economiche sufficienti, affinché non divenga un onere a carico dell'assistenza sociale dello Stato membro ospitante durante il periodo di soggiorno, e di un'assicurazione malattia che copra tutti i rischi nello Stato membro ospitante; o
- c) – di essere iscritto presso un istituto pubblico o privato, riconosciuto o finanziato dallo Stato membro ospitante in base alla sua legislazione o prassi amministrativa, per seguirvi a titolo principale un corso di studi inclusa una formazione professionale,
 - di disporre di un'assicurazione malattia che copre tutti i rischi nello Stato membro ospitante e di assicurare all'autorità nazionale competente, con una dichiarazione o con altro mezzo di sua scelta equivalente, di disporre, per se stesso e per i propri familiari, di risorse economiche sufficienti, affinché non divenga un onere a carico dell'assistenza sociale dello Stato membro ospitante durante il suo periodo di soggiorno; o
- d) di essere un familiare che accompagna o raggiunge un cittadino dell'Unione rispondente alle condizioni di cui alle lettere a), b) o c).

2. Il diritto di soggiorno di cui al paragrafo 1 è esteso ai familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro quando accompagnino o raggiungano nello Stato membro ospitante il cittadino dell'Unione, purché questi risponda alle condizioni di cui al paragrafo 1, lettere a), b) o c)».

B. Diritto rumeno

11. Ai sensi dell'articolo 259, paragrafi 1 e 2, del codice civile:
- «1. Il matrimonio è l'unione di un uomo e di una donna fondata sul loro libero consenso, contratta alle condizioni previste dalla legge.
 - 2. L'uomo e la donna hanno diritto di sposarsi allo scopo di costituire una famiglia».
12. Ai sensi dell'articolo 277, paragrafi 1, 2 e 4, del codice civile:
- «1. Il matrimonio tra persone dello stesso sesso è vietato.
 - 2. I matrimoni tra persone dello stesso sesso contratti o conclusi all'estero sia da cittadini rumeni sia da cittadini stranieri non vengono riconosciuti in Romania. (...)
 - 4. Le disposizioni di legge riguardo alla libera circolazione nel territorio della Romania dei cittadini degli Stati membri dell'[Unione] e dello Spazio economico europeo rimangono applicabili».

III. Fatti all'origine del procedimento principale

13. Il sig. Relu Adrian Coman è un cittadino rumeno che possiede anche la cittadinanza statunitense. Egli ha incontrato il sig. Robert Clabourn Hamilton, cittadino statunitense, a New York (Stati Uniti) nel mese di giugno del 2002. Essi hanno convissuto dal mese di maggio del 2005 al mese di maggio del 2009. In tale data, il sig. Coman si è stabilito a Bruxelles per lavorare presso il Parlamento europeo in qualità di assistente parlamentare, mentre il sig. Hamilton è rimasto a New York. Si sono sposati a Bruxelles il 5 novembre 2010.
14. Nel mese di marzo del 2012 il sig. Coman ha smesso di lavorare presso il Parlamento ed è rimasto a Bruxelles. Nel mese di dicembre del 2012 il sig. Coman e il suo coniuge hanno avviato le pratiche amministrative presso l'amministrazione rumena al fine di ottenere i documenti necessari perché il sig. Coman potesse lavorare e soggiornare legalmente in Romania con il proprio coniuge non cittadino dell'Unione per un periodo superiore a tre mesi.
15. Con lettera dell'11 gennaio 2013, l'Inspectoratul General pentru Imigrări (Ispettorato generale per l'immigrazione, Romania) ha respinto la loro domanda. A suo avviso, non è possibile concedere a titolo di ricongiungimento familiare la proroga del diritto di soggiorno temporaneo di un cittadino statunitense alle condizioni previste dalla legislazione rumena in materia di immigrazione in combinato disposto con le altre disposizioni di legge che vengono in rilievo in tale settore.
16. Il 28 ottobre 2013 i sigg. Coman ed Hamilton, unitamente all'Asociația Accept, hanno proposto un ricorso avverso la decisione dell'Inspectoratul General pentru Imigrări (Ispettorato generale per l'immigrazione) dinanzi alla Judecătoria Sectorului 5 București (Tribunale di primo grado del settore 5 di

Bucarest, Romania).

17. Nell'ambito della controversia di cui trattasi, essi hanno sollevato un'eccezione di incostituzionalità delle disposizioni dell'articolo 277, paragrafi 2 e 4, del codice civile. A loro avviso, il mancato riconoscimento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso conclusi all'estero, ai fini dell'esercizio del diritto di soggiorno, costituisce una violazione delle disposizioni della Costituzione rumena che tutelano il diritto alla vita intima, familiare e privata nonché delle disposizioni relative al principio di uguaglianza.
18. Il 18 dicembre 2015 la Judecătoria Sectorului 5 București (Tribunale di primo grado del settore 5 di Bucarest) ha adito la Curtea Constituțională (Corte costituzionale, Romania) affinché si pronunciasse su detta eccezione. Quest'ultima ha ritenuto che la causa in esame riguardasse unicamente il riconoscimento degli effetti di un matrimonio legalmente concluso all'estero tra un cittadino dell'Unione e il suo coniuge dello stesso sesso, cittadino di un paese terzo, alla luce del diritto alla vita familiare e del diritto alla libera circolazione, esaminati sotto il profilo del divieto di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. In tale contesto, ha avuto dubbi sull'interpretazione da dare a varie nozioni utilizzate dalla direttiva 2004/38, interpretate alla luce della Carta e della recente giurisprudenza della Corte e della Corte europea dei diritti dell'Uomo (in prosieguo: la «Corte EDU») relativa al diritto a una vita familiare. Essa ha pertanto deciso di sospendere il procedimento e di adire la Corte in via pregiudiziale.

IV. Domanda di pronuncia pregiudiziale e procedimento dinanzi alla Corte

19. Con decisione del 29 novembre 2016, pervenuta in cancelleria il 30 dicembre 2016, la Curtea Constituțională (Corte costituzionale) ha dunque deciso di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se il termine “coniuge”, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/38, in combinato disposto con gli articoli 7, 9, 21 e 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, si applichi a un cittadino di uno Stato che non è membro dell'Unione, dello stesso sesso del cittadino dell'Unione con il quale egli è legittimamente sposato in base alla legge di uno Stato membro diverso da quello ospitante.

2) In caso di risposta affermativa, se gli articoli 3, paragrafo 1, e 7, paragrafo [2] (3), della direttiva 2004/38, in combinato disposto con gli articoli 7, 9, 21 e 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, richiedano che lo Stato membro ospitante conceda il diritto di soggiorno sul proprio territorio per un periodo superiore a 3 mesi al coniuge dello stesso sesso di un cittadino dell'Unione.

3) In caso di risposta negativa alla prima questione, se il coniuge dello stesso sesso, proveniente da uno Stato che non è membro dell'Unione, di un cittadino dell'Unione con il quale il cittadino si è legittimamente sposato in base alla legge di uno Stato membro diverso da quello ospitante, possa essere qualificato come “ogni altro familiare” ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/38 o “partner con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata” ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2004/38, con il corrispondente obbligo dello Stato ospitante di agevolare l'ingresso e il soggiorno dello stesso, anche se lo Stato ospitante non riconosce i matrimoni tra persone dello stesso sesso né prevede qualsiasi altra forma alternativa di riconoscimento giuridico, come le unioni registrate.

4) In caso di risposta affermativa alla terza questione, se gli articoli 3, paragrafo 2, e 7, paragrafo 2, della direttiva 2004/38, in combinato disposto con gli articoli 7, 9, 21 e 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, richiedano che lo Stato membro ospitante conceda il diritto di soggiorno sul proprio territorio per un periodo superiore a 3 mesi al coniuge dello stesso sesso di un cittadino dell'Unione».

...omissis...

V. Analisi

A. Sull'applicabilità della direttiva 2004/38

22. L'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2004/38, definisce gli aventi diritto di cui a tale direttiva come «qualsiasi cittadino dell'Unione che si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, nonché [i] suoi familiari ai sensi dell'articolo 2, punto 2, che accompagnino o raggiungano il cittadino medesimo» (4).
23. Nel contesto del procedimento principale, il sig. Hamilton non può dunque invocare la direttiva a proprio vantaggio. Infatti, come già dichiarato dalla Corte in modo particolarmente chiaro, «da un'interpretazione letterale, sistematica e teleologica delle disposizioni della direttiva 2004/38 risulta che le stesse non consentono di fondare un diritto di soggiorno derivato a favore di cittadini di paesi terzi, familiari di un cittadino dell'Unione, nello Stato membro di cui tale cittadino possieda la cittadinanza» (5).
24. Tuttavia, la Corte ha ammesso che, in talune circostanze, un diritto di soggiorno derivato possa fondarsi sull'articolo 21, paragrafo 1, TFUE e che, in tale contesto, la direttiva 2004/38 debba essere applicata per analogia (6).
25. Infatti, se il cittadino di un paese terzo, familiare di un cittadino dell'Unione, non disponesse di un diritto di soggiorno nello Stato membro di cui il cittadino dell'Unione ha la cittadinanza, quest'ultimo potrebbe essere dissuaso dal lasciare tale Stato al fine di esercitare un'attività nel territorio di un altro Stato membro a causa della mancata certezza di poter proseguire, dopo il suo rientro nel suo Stato membro di origine, una vita familiare, eventualmente iniziata nello Stato membro ospitante (7). Per poter beneficiare di tale diritto di soggiorno derivato, il soggiorno del cittadino dell'Unione nello Stato membro ospitante deve tuttavia essere stato caratterizzato da effettività sufficiente per consentirgli di sviluppare o consolidare una vita familiare (8).
26. È dunque ormai un dato acquisito che, «quando, nel corso di un soggiorno effettivo del cittadino dell'Unione nello Stato membro ospitante, ai sensi e nel rispetto delle condizioni dell'articolo 7, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2004/38, si sia sviluppata o consolidata una vita familiare in quest'ultimo Stato membro, l'efficacia pratica dei diritti che al cittadino dell'Unione interessato derivano dall'articolo 21, paragrafo 1, TFUE impone che la vita familiare che detto cittadino abbia condotto nello Stato membro ospitante possa proseguire al suo ritorno nello Stato membro di cui possiede la cittadinanza, grazie alla concessione di un diritto di soggiorno derivato al familiare interessato, cittadino di un paese terzo. Difatti, in mancanza di un siffatto diritto di soggiorno derivato, tale cittadino dell'Unione sarebbe dissuaso dal lasciare lo Stato membro di cui possiede [la] cittadinanza al fine di avvalersi del suo diritto di soggiorno, ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 1, TFUE, in un altro Stato membro, a causa della circostanza che egli non ha la certezza di poter proseguire nello Stato membro di origine una vita familiare con i propri stretti congiunti sviluppata o consolidata nello Stato membro ospitante» (9).
27. Nel caso oggetto del procedimento principale, sembra pacifico che i sigg. Coman e Hamilton abbiano realmente consolidato una vita familiare in occasione del soggiorno effettivo in Belgio del primo, cittadino dell'Unione. Infatti, dopo aver convissuto per quattro anni a New York e condotto, in tale occasione, una vita familiare (10), la loro relazione è stata incontestabilmente consolidata dal loro matrimonio, a Bruxelles, il 5 novembre 2010.
28. La circostanza che il sig. Hamilton non abbia vissuto ininterrottamente con il sig. Coman in tale città non mi sembra idonea a far venir meno l'effettività della loro relazione. Infatti, in un mondo globalizzato, non è raro che una coppia in cui uno dei membri lavora all'estero non condivida il medesimo alloggio per periodi più o meno lunghi a causa della distanza che divide i due paesi, dell'accessibilità dei mezzi di trasporto, dell'occupazione dell'altro coniuge o, ancora, dell'istruzione scolastica dei figli. La mancata convivenza, di per se stessa, non può incidere sull'esistenza di una relazione stabile accertata – ipotesi che ricorre nel caso in esame – e, di conseguenza, sull'esistenza di una vita familiare (11).
29. Le questioni sollevate dal giudice del rinvio conservano dunque la propria rilevanza in quanto l'interpretazione delle disposizioni prese in considerazione nella domanda di pronuncia pregiudiziale può essere utile ai fini della decisione della causa di cui la Curtea Constituțională (Corte costituzionale) è investita.

B. Sulla prima questione pregiudiziale

30. Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede se la nozione di «coniuge» utilizzata nell'articolo 2, punto 2, lettera a), della direttiva 2004/38, interpretata alla luce degli articoli 7, 9, 21 e 45 della Carta, si applichi a un cittadino di uno Stato terzo legalmente sposato, conformemente alla legge di uno Stato membro diverso dallo Stato ospitante, con un cittadino dell'Unione dello stesso sesso.

31. Le parti che hanno depositato osservazioni propongono due risposte diametralmente opposte. Secondo i ricorrenti nel procedimento principale, il governo dei Paesi Bassi e la Commissione, l'articolo 2, punto 2, lettera a), della direttiva 2004/38 dev'essere oggetto di un'interpretazione autonoma e uniforme. In forza di quest'ultima, la nozione di «coniuge» sarebbe riferibile a un cittadino di uno Stato terzo legalmente sposato, conformemente al diritto di uno Stato membro, con un cittadino dell'Unione dello stesso sesso. Invece, i governi rumeno, lettone, ungherese e polacco ritengono che tale nozione non sia di pertinenza del diritto dell'Unione ma debba essere definita facendo riferimento alla legge dello Stato membro ospitante.
32. Non mi sembra che quest'ultima tesi possa essere seguita. Ritengo, al contrario, che s'imponga l'interpretazione autonoma e che essa conduca ad attribuire alla nozione di «coniuge» ai sensi dell'articolo 2, punto 2, lettera a), della direttiva 2004/38, un'accezione che prescinde dal sesso della persona sposata con un cittadino dell'Unione.

1. Interpretazione autonoma della nozione di «coniuge»

33. Se è vero che l'articolo 2, punto 2, lettera b), della direttiva 2004/38 relativo all'unione registrata rinvia alle «condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante», l'articolo 2, punto 2, lettera a), di tale direttiva non contiene alcun rinvio al diritto degli Stati membri per determinare la qualifica di «coniuge».
34. Orbene, secondo una costante giurisprudenza della Corte, dalla necessità di garantire tanto l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione quanto il principio di uguaglianza discende che i termini di una disposizione del diritto dell'Unione, la quale non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri ai fini della determinazione del suo senso e della sua portata, devono di norma essere oggetto, nell'intera Unione, di un'interpretazione autonoma e uniforme (12). Tale interpretazione dev'essere ricercata tenendo conto non solo dei termini della disposizione, ma anche del suo contesto e della finalità perseguita dalla normativa di cui trattasi (13).
35. Detta metodologia è stata espressamente utilizzata nel contesto della direttiva 2004/38; non vedo ragioni di discostarsene per l'interpretazione della nozione di «coniuge» (14).
36. Vero è che è un dato acquisito che la legislazione in materia di stato civile rientra nella competenza degli Stati membri e che il diritto dell'Unione non lede tale competenza (15). Tuttavia, s'impongono due osservazioni in proposito.
37. Da un lato, secondo una giurisprudenza costante e trasversale, gli Stati membri devono esercitare le proprie competenze nel rispetto del diritto dell'Unione (16). Le materie relative allo stato civile delle persone non derogano a tale norma, avendo la Corte espressamente dichiarato che le disposizioni relative al principio di non discriminazione devono essere rispettate nell'esercizio di dette competenze (17).
38. D'altro lato, la problematica giuridica al centro della controversia di cui al procedimento principale non riguarda la legalizzazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso bensì la libera circolazione di un cittadino dell'Unione. Orbene, se è vero che gli Stati membri sono liberi di prevedere o meno il matrimonio per persone del medesimo sesso nel proprio ordinamento giuridico interno (18), la Corte ha dichiarato tuttavia che una situazione disciplinata da normative che rientrano a priori nella competenza degli Stati membri può avere «un rapporto intrinseco con la libertà di circolazione di un cittadino dell'Unione, che osta a che il diritto di ingresso e di soggiorno sia negato ai (...) cittadini di paesi terzi nello Stato membro in cui risiede il cittadino dell'Unione, al fine di non pregiudicare tale libertà» (19).
39. La previsione del matrimonio – inteso come la sola unione di un uomo e di una donna – in alcune costituzioni nazionali (20) non è atta a modificare tale approccio.
40. Infatti, se si dovesse ritenere che la concezione del matrimonio attiene all'identità nazionale di taluni Stati membri – il che non è stato espressamente sostenuto da nessuno degli Stati membri che hanno depositato osservazioni scritte, ma unicamente dal governo lettone all'udienza del 21 novembre 2017 – l'obbligo di rispettare tale identità, indicato all'articolo 4, paragrafo 2, TUE, non potrebbe essere interpretato indipendentemente dall'obbligo di leale cooperazione sancito al paragrafo 3 della medesima disposizione. Conformemente a quest'ultima, gli Stati membri sono tenuti ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione.
41. Orbene, nel caso oggetto del procedimento principale, le questioni sottoposte dal giudice del rinvio si collocano esclusivamente nel contesto dell'applicazione della direttiva 2004/38. Si tratta dunque unicamente di precisare la portata di un obbligo che risulta da un atto dell'Unione. Di conseguenza, l'interpretazione della nozione di «coniuge», limitata all'ambito di applicazione della direttiva 2004/38 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, non porrà in discussione l'attuale libertà degli Stati membri per quanto attiene alla legalizzazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso (21).
42. Inoltre, come illustrerò in sede di analisi del contesto e degli obiettivi della direttiva 2004/38, i diritti fondamentali connessi alla nozione di «coniuge» ostano altresì a un'interpretazione che possa impedire

o rendere più difficile per un(a) cittadino(a) dell'Unione omosessuale l'essere accompagnato(a) dalla persona con la quale è sposato(a).

2. Sulla nozione di «coniuge» ai sensi dell'articolo 2, punto 2, lettera a), della direttiva 2004/38

43. Occorre dunque individuare l'interpretazione del termine «coniuge» utilizzato nell'articolo 2, punto 2, lettera a), della direttiva 2004/38 tenendo conto dei termini della disposizione, del suo contesto e dell'obiettivo perseguito dalla direttiva 2004/38.

a) Sulla formulazione e sulla struttura dell'articolo 2, punto 2, lettera a), della direttiva 2004/38

44. La direttiva 2004/38 non definisce il termine «coniuge» da essa utilizzato più volte, in particolare nell'articolo 2, punto 2, lettera a).
45. Nondimeno, la struttura dell'articolo 2, punto 2, della direttiva 2004/38 in combinato disposto con l'articolo 3, paragrafo 2, lettera b), della medesima direttiva, consente di affermare che la nozione di «coniuge» rinvia a quella di «matrimonio».
46. Infatti, oltre ai discendenti diretti e agli ascendenti diretti presi in considerazione all'articolo 2, punto 2, lettere c) e d), della direttiva 2004/38, i «familiari» ai sensi della direttiva 2004/38 sono il coniuge e il partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata. L'articolo 3, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2004/38 aggiunge agli aventi diritto di cui alla direttiva «il partner con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata».
47. Le tre ipotesi summenzionate riguardano necessariamente situazioni diverse, dalla più stringente alla più flessibile da un punto di vista giuridico, essendo altrimenti prive di rilevanza. Poiché la semplice relazione al di fuori di qualsiasi legame giuridico è contemplata all'articolo 3 della direttiva 2004/38 e l'esistenza di un'unione registrata è presa in considerazione all'articolo 2, punto 2, lettera b), della direttiva, il termine «coniuge» designa la terza ed ultima ipotesi giuridicamente concepibile, ossia un rapporto fondato sul matrimonio (22).
48. La Corte del resto ha già associato, implicitamente ma indubitabilmente, al matrimonio la nozione di «coniuge» utilizzata nell'articolo 2, punto 2, lettera a), della direttiva 2004/38. Infatti, in occasione della sentenza del 25 luglio 2008, Metock e a. (C-127/08, EU:C:2008:449), la Corte ha dichiarato che l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2004/38 dev'essere interpretato nel senso che «il cittadino di un paese terzo, coniuge di un cittadino dell'Unione che soggiorna in uno Stato membro di cui non ha la cittadinanza, il quale accompagni o raggiunga il detto cittadino dell'Unione, beneficia delle disposizioni della detta direttiva, a prescindere dal luogo e dalla data del loro matrimonio nonché dalla modalità secondo la quale il detto cittadino di un paese terzo ha fatto ingresso nello Stato membro ospitante» (23).
49. Se è dunque certo che il termine «coniuge» utilizzato nell'articolo 2, punto 2, lettera a), della direttiva 2004/38 rinvia al matrimonio, esso è tuttavia neutro dal punto di vista del genere e indifferente al luogo in cui il matrimonio è stato contratto.
50. L'irrilevanza del luogo in cui il matrimonio è stato concluso è confermata, a contrario, dalla scelta del legislatore dell'Unione di rinviare espressamente al diritto dello Stato membro ospitante per l'ipotesi dell'unione registrata. Tale differenza è facilmente spiegabile con la circostanza che l'istituto giuridico del matrimonio presenta una certa universalità – perlomeno supposta – per quanto attiene ai diritti e agli obblighi da esso conferiti ai coniugi, mentre le legislazioni relative all'«unione» sono diverse e varie per ciò che riguarda i loro campi di applicazione personale e materiale, nonché per quanto concerne le loro conseguenze giuridiche (24). Del resto, il legislatore dell'Unione ha riservato il beneficio di cui all'articolo 2, punto 2, lettera b), della direttiva 2004/38 all'unione registrata «equipar[ata] (...) al matrimonio» (25).
51. I lavori preparatori della direttiva 2004/38 permettono, per parte loro, di confermare che la neutralità della parola scelta è voluta. Infatti, mentre il termine «coniuge» era già utilizzato senza ulteriori indicazioni dalla Commissione nella sua proposta iniziale (26), il Parlamento ha voluto che l'indifferenza del sesso della persona fosse menzionata mediante l'aggiunta dei termini «a prescindere dal sesso, secondo la relativa legislazione nazionale» (27). Tuttavia, il Consiglio dell'Unione europea ha espresso la propria esitazione ad optare per una definizione del termine «coniuge» che includesse esplicitamente i coniugi dello stesso sesso dal momento che soltanto due Stati membri, all'epoca, avevano adottato una legislazione che autorizzava il matrimonio tra persone dello stesso sesso e che la Corte aveva potuto constatare altresì che la definizione di matrimonio allora generalmente accettata dagli Stati membri faceva riferimento all'unione tra due persone di sesso opposto (28). Fondandosi sulle preoccupazioni del Consiglio, la Commissione preferì «limitare la [propria] proposta ad una nozione di “coniuge” inteso, in linea di principio, come coniuge di sesso diverso, fatti salvi gli sviluppi futuri in materia» (29).
52. Ritengo dunque che da tali lavori non si possa trarre un argomento a favore di una tesi o di un'altra. Infatti, è pacifico che il legislatore dell'Unione era perfettamente consapevole della controversia che pote-

va esservi in merito all'interpretazione del termine «coniuge» non altrimenti definito. Orbene, esso non ha inteso precisare tale nozione, per limitarla al matrimonio eterosessuale o, al contrario, per contemplare il matrimonio tra persone dello stesso sesso – benché la Commissione abbia nondimeno sottolineato espressamente la possibilità di un'evoluzione in proposito. Tale riserva della Commissione è essenziale. Essa esclude che il significato della nozione di «coniuge» sia fissato definitivamente ed indifferente alle evoluzioni della società (30).

53. Da un primo esame risulta dunque che la formulazione dell'articolo 2, punto 2, lettera a), della direttiva 2004/38 è neutra. Tale scelta del legislatore autorizza un'interpretazione della nozione di «coniuge» indipendente dal luogo di celebrazione del matrimonio e dalla questione del sesso delle persone interessate. Il contesto e l'obiettivo della direttiva 2004/38 confermano detta interpretazione.

b) Sul contesto dell'articolo 2, punto 2, lettera a), della direttiva 2004/38

54. Allorché la direttiva 2004/38 è stata adottata, soltanto due Stati membri dell'Unione – il Regno del Belgio e il Regno dei Paesi Bassi – si erano dotati di una legge che consentiva il matrimonio alle persone dello stesso sesso. Come ho indicato precedentemente, tale circostanza ha influito sulla scelta del Consiglio di non seguire la proposta di modifica del Parlamento a favore di una formulazione dell'articolo 2, punto 2, lettera a), della direttiva 2004/38 più esplicita.
55. Ritengo tuttavia che occorra tener conto dell'evoluzione prevista all'epoca dalla Commissione nella sua proposta modificata. Inoltre, la nozione di «coniuge» è altresì strettamente connessa a vari diritti fondamentali; un'interpretazione contestuale non può essere indifferente a ciò.

1) Sull'interpretazione evolutiva della nozione di «coniuge»

56. Come diversi avvocati generali hanno già avuto occasione di sostenere, il diritto dell'Unione dev'essere interpretato «alla luce delle circostanze odierne» (31), ossia tenendo conto della «realtà contemporanea» (32) dell'Unione. Infatti, il diritto non può «isolarsi dalla realtà sociale e non può non adattarsi ad essa nel più breve tempo possibile. Altrimenti, c'è il rischio di imporre punti di vista superati e di assumere così un ruolo statico» (33). Senza dubbio, ciò vale in particolare per materie che riguardano la società. Come spiegava l'avvocato generale Geelhoed, «[q]ualora la Corte non dovesse tener conto di siffatti sviluppi, le disposizioni di diritto che qui rilevano rischierebbero di perdere la loro operatività» (34). Come ha dichiarato la stessa Corte, una disposizione di diritto dell'Unione va interpretata alla luce del suo stadio di evoluzione al momento in cui va data applicazione alla disposizione di cui trattasi (35).
57. Perciò la soluzione adottata dalla Corte nella sentenza del 31 maggio 2001, D e Svezia/Consiglio (C-122/99 P e C-125/99 P, EU:C:2001:304), secondo la quale «il termine “matrimonio”, secondo la definizione comunemente accolta dagli Stati membri, design[erebbe] un'unione tra due persone di sesso diverso» (36), mi sembra attualmente superata.
58. Infatti, se è vero che alla fine del 2004 soltanto due Stati membri autorizzavano il matrimonio tra persone dello stesso sesso, da allora altri undici Stati membri hanno modificato la propria legislazione in tal senso e il matrimonio omosessuale sarà possibile anche in Austria entro il 1° gennaio 2019 (37). Tale riconoscimento giuridico del matrimonio omosessuale non è altro che il riflesso di un'evoluzione generale della società al riguardo. Le indagini statistiche lo confermano (38); l'autorizzazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso mediante referendum in Irlanda ne è altresì un'illustrazione (39). Benché esistano ancora sensibilità differenti sulla questione, anche all'interno dell'Unione (40), l'evoluzione ha nondimeno il carattere di un movimento generalizzato. Infatti, tutti i continenti conoscono ormai tale tipologia di matrimonio (41). Non si tratta dunque di un fatto connesso a una cultura o a una storia specifica ma corrisponde, al contrario, a un riconoscimento universale della pluralità delle famiglie (42).

2) Sui diritti fondamentali connessi alla nozione di «coniuge»

59. La nozione di «coniuge» ai sensi dell'articolo 2, punto 2, lettera a), della direttiva 2004/38 è necessariamente connessa alla vita familiare e, conseguentemente, alla tutela conferitale dall'articolo 7 della Carta. La portata di tale articolo, pertanto, dev'essere presa in considerazione nell'ambito di un'interpretazione contestuale (43). In proposito, l'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU non può essere ignorata.
60. Infatti, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 3, della Carta, il significato e la portata dei diritti corrispondenti a diritti garantiti dalla CEDU sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. Orbene, secondo le spiegazioni relative alla Carta – che «[i] giudici dell'Unione (...) tengono nel debito conto» (44) – i diritti garantiti dall'articolo 7 della Carta corrispondono a quelli garantiti dall'articolo 8 della CEDU. I primi hanno dunque il medesimo significato e la medesima portata dei secondi (45).

61. Orbene, l'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU relativa all'articolo 8 della CEDU è significativa.
62. Infatti, se è vero che la Corte EDU conferma costantemente la libertà degli Stati di consentire il matrimonio alle persone dello stesso sesso (46), all'inizio degli anni 2010 essa ha ritenuto tuttavia che fosse «artificioso continuare a considerare che, contrariamente a una coppia eterosessuale, una coppia omosessuale non possa avere una "vita familiare" ai fini dell'articolo 8 [della CEDU]» (47). Da allora, tale interpretazione è stata confermata più volte (48). La Corte EDU ha inoltre confermato che l'articolo 8 della CEDU impone agli Stati l'obbligo di offrire alle coppie omosessuali la possibilità di ottenere un riconoscimento legale e la tutela giuridica della loro coppia (49).
63. L'incidenza di tale evoluzione nel modo di intendere la vita familiare sul diritto di soggiorno dei cittadini di paesi terzi è indubbia. Infatti, se è vero che l'articolo 8 della CEDU non comporta un obbligo generale di accettare il trasferimento di coniugi non nazionali o autorizzare il ricongiungimento familiare sul territorio di uno Stato contraente, tuttavia le decisioni adottate dagli Stati in materia di immigrazione possono, in alcuni casi, costituire un'ingerenza nell'esercizio del diritto al rispetto della vita privata e familiare tutelato dall'articolo 8 della CEDU (50). Ciò accade in particolare quando gli interessati hanno, nello Stato ospitante, dei legami personali o familiari sufficientemente forti che rischiano di essere gravemente compromessi in caso di applicazione della misura in questione (51).
64. Orbene, secondo la Corte EDU, sebbene «la protezione della famiglia tradizionale possa, in determinate circostanze, costituire uno scopo legittimo (...), [essa] ritiene che, nel settore interessato, ossia il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi familiari a un partner straniero omosessuale, non possa costituire un motivo "particolarmente solido e convincente" tale da giustificare, nelle circostanze del caso di specie, una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale» (52).
65. Sembra inoltre che la Corte EDU sia propensa a ritenere che una disparità di trattamento che si basi unicamente – o in maniera decisiva – su considerazioni relative all'orientamento sessuale del ricorrente sia semplicemente inaccettabile alla luce della CEDU (53). In un altro contesto, l'avvocato generale Jääskinen aveva espresso un punto di vista analogo. Infatti, gli pareva «evidente che la finalità consistente nella tutela del matrimonio o della famiglia non può legittimare una discriminazione in base all'orientamento sessuale[, giacché è] difficile immaginare quale rapporto causale possa unire questo tipo di discriminazione, in quanto mezzo, alla tutela del matrimonio, in quanto effetto positivo che ne può derivare» (54).
66. Tale evoluzione del diritto al rispetto della vita familiare mi sembra, pertanto, condurre a un'interpretazione della nozione di «coniuge» necessariamente indipendente dal sesso delle persone interessate allorché essa è circoscritta all'ambito di applicazione della direttiva 2004/38.
67. Infatti, detta interpretazione assicura in modo ottimale il rispetto della vita familiare garantito all'articolo 7 della Carta lasciando al contempo gli Stati membri liberi di autorizzare o meno il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Invece, un'interpretazione di segno contrario determinerebbe una disparità di trattamento tra le coppie sposate a seconda che siano omosessuali o di sessi differenti giacché nessuno Stato membro vieta il matrimonio eterosessuale. Una simile disparità di trattamento, fondata sull'orientamento sessuale, sarebbe inaccettabile tenuto conto della direttiva 2004/38 nonché della Carta, come interpretata alla luce della CEDU.

c) Sull'obiettivo perseguito dalla direttiva 2004/38

68. Anche l'obiettivo perseguito dalla direttiva 2004/38 avvalorava un'interpretazione del termine «coniuge» indipendente dall'orientamento sessuale.
69. Infatti, da una costante giurisprudenza risulta che la direttiva 2004/38 mira ad agevolare l'esercizio del diritto primario e individuale di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, conferito direttamente ai cittadini dell'Unione dall'articolo 21, paragrafo 1, TFUE, ed a rafforzare tale diritto (55).
70. Il summenzionato obiettivo è ricordato fin dal considerando 1 della direttiva 2004/38. Il considerando 2 aggiunge che la libera circolazione delle persone costituisce una delle libertà fondamentali nel mercato interno, libertà del resto sancita all'articolo 45 della Carta.
71. Il considerando 5 della direttiva 2004/38 insiste peraltro sul fatto che il diritto di ciascun cittadino dell'Unione di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri presuppone, affinché possa essere esercitato in oggettive condizioni di libertà e di dignità, la concessione di un analogo diritto ai familiari, qualunque sia la loro cittadinanza (56). Infatti, come più volte rilevato dalla Corte, l'esercizio delle libertà garantite ai cittadini dell'Unione dal Trattato sarebbe seriamente ostacolato se essi non fossero autorizzati a condurre una normale vita di famiglia nello Stato membro ospitante (57).
72. Quindi, come ho ricordato in sede di esame dell'applicabilità della direttiva 2004/38 al caso oggetto del procedimento principale, i cittadini dell'Unione potrebbero essere dissuasi dal lasciare lo Stato membro di cui hanno la cittadinanza e dallo stabilirsi nel territorio di un altro Stato membro se non avessero la

certezza di poter proseguire, dopo il loro rientro nel proprio Stato membro di origine, una vita familiare, eventualmente iniziata, per effetto del matrimonio o del ricongiungimento familiare, nello Stato membro ospitante (58).

73. In considerazione di tali obiettivi, la Corte ritiene in modo costante che le disposizioni della direttiva 2004/38 non possano essere interpretate restrittivamente e, comunque, non debbano essere private della loro efficacia pratica (59). La Corte ha inoltre ammesso trattarsi di un principio in forza del quale «le disposizioni che, come la direttiva 2004/38, sanciscono la libera circolazione dei cittadini dell'Unione, parte integrante dei fondamenti giuridici dell'Unione, vanno interpretate in senso estensivo» (60).
74. Di conseguenza, tra un'interpretazione del termine «coniuge» che limita l'ambito di applicazione della direttiva 2004/38 e un'altra che, nel rispetto della formulazione della disposizione interpretata e del suo contesto, agevola la libera circolazione di un maggior numero di cittadini, occorre adottare la seconda interpretazione.
75. Tale scelta interpretativa è tanto più giustificata dal momento che è coerente con un altro obiettivo della direttiva 2004/38, enunciato nel suo considerando 31, secondo cui gli Stati membri danno attuazione alla direttiva 2004/38 «senza operare tra i beneficiari della stessa alcuna discriminazione fondata su motivazioni quali (...) tendenze sessuali». Orbene, una definizione del termine «coniuge» che si limitasse al matrimonio eterosessuale sfocerebbe inevitabilmente in situazioni di discriminazione fondate sulle tendenze sessuali (61).
76. Infine, l'interpretazione della nozione di «coniuge» indipendente dalla questione del sesso delle persone interessate è altresì atta a garantire un elevato livello di certezza del diritto e di trasparenza in quanto il cittadino dell'Unione legalmente sposato sa che il suo coniuge, qualunque ne sia il sesso, sarà considerato come tale ai sensi dell'articolo 2, punto 2, lettera a), della direttiva 2004/38 negli altri 27 Stati membri dell'Unione (62).

3. Conclusione parziale

77. Le interpretazioni testuale, contestuale e teleologica della nozione di «coniuge» utilizzata nell'articolo 2, punto 2, lettera a), della direttiva 2004/38 conducono ad attribuirle una definizione autonoma indipendente dall'orientamento sessuale (63).
78. Anzitutto, l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione e il principio d'uguaglianza impongono che i termini di una disposizione del diritto dell'Unione che non sia definita e che non contenga alcun espresso rinvio al diritto degli Stati membri per determinare il suo significato e la sua portata diano luogo, in tutta l'Unione, ad un'interpretazione autonoma ed uniforme.
79. Inoltre, se è vero che la struttura dell'articolo 2, punto 2, della direttiva 2004/38, in combinato disposto con l'articolo 3, paragrafo 2, lettera b), della medesima direttiva, impone di associare la nozione di «coniuge» al matrimonio, il legislatore, per il resto, ha volontariamente scelto di utilizzare un termine neutro, non altrimenti precisato.
80. Infine, sia l'evoluzione della società europea – di cui il numero di legislazioni che autorizzano il matrimonio tra persone dello stesso sesso e l'attuale definizione di vita familiare ai sensi dell'articolo 7 della Carta sono il riflesso – sia gli obiettivi della direttiva 2004/38 – agevolare la libera circolazione dei cittadini dell'Unione nel rispetto del loro orientamento sessuale – conducono ad interpretare la nozione di «coniuge» indipendentemente dall'orientamento sessuale (64).

C. Sulla seconda questione pregiudiziale

81. Con la sua seconda questione, il giudice del rinvio chiede se gli articoli 3, paragrafo 1, e 7, paragrafo 2, della direttiva 2004/38, interpretati alla luce degli articoli 7, 9, 21 e 45 della Carta, impongano che lo Stato membro ospitante conceda il diritto di soggiorno nel proprio territorio per un periodo superiore a tre mesi al coniuge di un cittadino dell'Unione dello stesso sesso.
82. L'articolo 7, paragrafo 2, della direttiva 2004/38 è chiaro: il diritto di un cittadino dell'Unione di soggiornare per un periodo superiore a tre mesi nel territorio di un altro Stato membro è esteso al suo coniuge, cittadino di uno Stato terzo, che l'accompagni o lo raggiunga nello Stato membro ospitante, purché il primo risponda alle condizioni di cui all'articolo 7, paragrafo 1, lettere a), b) o c), della direttiva 2004/38.
83. Si tratta allora di un diritto automatico. L'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 2004/38 lo conferma.
84. Infatti, come rilevato dalla Corte, «tanto dal tenore letterale dell'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 2004/38 quanto dalla sistematica generale della medesima emerge che il legislatore dell'Unione ha posto una distinzione tra i familiari del cittadino dell'Unione definiti all'articolo 2, punto 2, della direttiva 2004/38, che godono, alle condizioni previste in tale direttiva, di un diritto di ingresso e di soggiorno nello Stato membro ospitante di tale cittadino, e gli altri familiari indicati all'articolo 3, paragrafo 2, primo comma, lettera a), [di detta] direttiva, il cui ingresso e soggiorno devono unicamente essere agevolati da tale Stato membro» (65).

85. Tuttavia, si è visto che, nel contesto del procedimento principale, il sig. Hamilton non poteva invocare la direttiva a proprio vantaggio in quanto le disposizioni della direttiva 2004/38 non consentono di fondare un diritto di soggiorno derivato a favore di cittadini di paesi terzi, familiari di un cittadino dell'Unione, nello Stato membro di cui tale cittadino possiede la cittadinanza (66).
86. Nondimeno, il sig. Hamilton, in via di principio, dovrebbe poter beneficiare di un diritto di soggiorno derivato fondato sull'articolo 21, paragrafo 1, TFUE e vedersi applicare la direttiva 2004/38 per analogia (67).
87. In tali circostanze, conformemente alla giurisprudenza della Corte, le condizioni per la concessione di un diritto di soggiorno derivato applicabili nello Stato membro d'origine del suo coniuge non dovrebbero, in via di principio, essere più severe di quelle previste dalla citata direttiva qualora ricorresse una situazione in cui il suo coniuge eserciti il proprio diritto di libera circolazione stabilendosi in uno Stato membro diverso da quello di cui possiede la cittadinanza (68).
88. In concreto, nel contesto di un'applicazione per analogia della direttiva 2004/38, le condizioni per la concessione di un diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi al cittadino di uno Stato terzo, coniuge dello stesso sesso di un cittadino dell'Unione, non dovrebbero, in via di principio, essere più severe di quelle previste all'articolo 7, paragrafo 2, della medesima direttiva.

D. Sulle questioni pregiudiziali terza e quarta

89. Le questioni terza e quarta, sollevate dal giudice del rinvio, sono poste unicamente nell'ipotesi in cui la nozione di «coniuge» ai sensi dell'articolo 2, punto 2, lettera a), della direttiva 2004/38 dovesse essere interpretata come concernente soltanto le coppie eterosessuali unite dal vincolo del matrimonio.
90. Poiché tale conclusione, a mio avviso, contrasta con la formulazione e con il contesto della disposizione di cui trattasi nonché con gli obiettivi perseguiti dalla direttiva 2004/38, non dovrebbe essere necessario rispondervi. Tuttavia, a fini di esaustività, le esaminerò brevemente. Peraltro, esse possono essere esaminate congiuntamente.
91. Infatti, con le questioni terza e quarta, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il cittadino di uno Stato terzo, sposato con un cittadino dell'Unione dello stesso sesso conformemente alla legge di uno Stato membro diverso dallo Stato ospitante, possa, se non considerato come «coniuge» ai sensi della direttiva 2004/38, essere qualificato come «altro familiare» o «partner con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata» ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, lettere a) o b), di detta direttiva e quali siano le conseguenze di tale eventuale qualifica.
92. Come ho spiegato in precedenza, attualmente è artificioso ritenere che una coppia omosessuale non possa avere una vita familiare ai sensi dell'articolo 7 della Carta (69).
93. Di conseguenza, è certo che un cittadino di uno Stato terzo, sposato con un cittadino dell'Unione dello stesso sesso conformemente alla legge di uno Stato membro, possa rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 2004/38, in qualità di «altro familiare» o come partner con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata.
94. Tuttavia, dalla sentenza del 5 settembre 2012, Rahman e a. (C-83/11, EU:C:2012:519), risulta che l'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 2004/38 non obbliga gli Stati membri a riconoscere un diritto di ingresso e di soggiorno in favore delle persone che rientrano nell'ambito di applicazione di tale disposizione. Essa si limita ad imporre loro un obbligo di concedere un determinato vantaggio, rispetto alle domande di ingresso e di soggiorno di altri cittadini di Stati terzi, alle domande inoltrate da persone che rientrano nel suo ambito di applicazione (70).
95. La Corte ha precisato che gli Stati membri, al fine di ottemperare a tale obbligo, «conformemente all'articolo 3, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2004/38, devono prevedere la possibilità, per le persone indicate al paragrafo 2, primo comma, del medesimo articolo, di ottenere una decisione sulla loro domanda che sia fondata su un esame approfondito della loro situazione personale e che sia motivata in caso di rifiuto» (71).
96. La Corte ha dovuto constatare altresì che gli Stati membri dispongono di un «ampio potere discrezionale quanto alla scelta degli elementi da prendere in considerazione [restando inteso che] lo Stato membro ospitante deve assicurarsi che la propria legislazione preveda criteri che siano conformi al significato comune del termine “agevola” (...) e che non privino tale disposizione del suo effetto utile» (72).
97. Ritengo tuttavia che tale potere discrezionale debba essere ridotto nell'ipotesi descritta dal giudice del rinvio.
98. Da un lato, il rifiuto di accogliere la domanda di ingresso e di soggiorno di un cittadino di uno Stato terzo, sposato con un cittadino dell'Unione dello stesso sesso conformemente alla legge di uno Stato membro, non potrebbe fondarsi esclusivamente o in maniera decisiva sul suo orientamento sessuale, violando altrimenti gli articoli 7 e 21 della Carta (73). A tal proposito, «[s]ebbene la protezione della famiglia tradizionale possa, in determinate circostanze, costituire uno scopo legittimo rispetto all'articolo 14 [della CEDU che vieta le discriminazioni], la Corte [europea dei diritti dell'Uomo] ritiene che, nel set-

tore interessato, ossia il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi familiari a un partner straniero omosessuale, non possa costituire un motivo “particolarmente solido e convincente” tale da giustificare, nelle circostanze del caso di specie, una discriminazione fondata sull’orientamento sessuale» (74).

99. D’altro lato, l’obbligo di agevolare l’ingresso e il soggiorno del cittadino di uno Stato terzo sposato con un cittadino dell’Unione dello stesso sesso è tanto più stringente e il margine di discrezionalità tanto più ridotto allorché lo Stato membro non autorizza il matrimonio tra persone dello stesso sesso e non offre alle coppie omosessuali neppure la possibilità di concludere un’unione registrata. Infatti, dall’articolo 8 della CEDU – e dunque dall’articolo 7 della Carta – discende un obbligo positivo di offrire a tali persone, come agli eterosessuali, la possibilità di ottenere un riconoscimento legale e la tutela giuridica della loro coppia (75). Orbene, la concessione di un permesso di soggiorno al coniuge di un cittadino dell’Unione costituisce il riconoscimento e la garanzia minimi che possono essere loro forniti.

VI. Conclusione

100. Alla luce delle precedenti considerazioni, propongo alla Corte di rispondere alle questioni pregiudiziali sottoposte dalla Curtea Constituțională (Corte costituzionale, Romania) nel modo seguente:

«1) L’articolo 2, punto 2, lettera a), della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE dev’essere interpretato nel senso che la nozione di “coniuge” si applica a un cittadino di uno Stato terzo sposato con un cittadino dell’Unione europea dello stesso sesso.

2) Gli articoli 3, paragrafo 1, e 7, paragrafo 2, della direttiva 2004/38 devono essere interpretati nel senso che il coniuge dello stesso sesso di un cittadino dell’Unione che accompagna detto cittadino nel territorio di un altro Stato membro beneficia in tale Stato di un diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi, purché quest’ultimo risponda alle condizioni di cui all’articolo 7, paragrafo 1, lettere a), b) o c), di tale direttiva.

L’articolo 21, paragrafo 1, TFUE dev’essere interpretato nel senso che, in una situazione in cui un cittadino dell’Unione ha sviluppato o consolidato una vita familiare con un cittadino di uno Stato terzo in occasione di un soggiorno effettivo in uno Stato membro diverso da quello di cui possiede la cittadinanza, le disposizioni della direttiva 2004/38 si applicano per analogia se detto cittadino dell’Unione rientra, con il familiare interessato, nel proprio Stato membro d’origine. In tale ipotesi, le condizioni per la concessione di un diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi al cittadino di uno Stato terzo, coniuge dello stesso sesso di un cittadino dell’Unione, non dovrebbero, in via di principio, essere più severe di quelle previste all’articolo 7, paragrafo 2, della direttiva 2004/38.

3) L’articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 2004/38 dev’essere interpretato nel senso che è applicabile alla situazione di un cittadino di uno Stato terzo, sposato con un cittadino dell’Unione dello stesso sesso conformemente alla legge di uno Stato membro, in qualità di “altro familiare” o come “partner con cui il cittadino dell’Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata”.

4) L’articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 2004/38 dev’essere interpretato nel senso che:

– non impone agli Stati membri di concedere un diritto di soggiorno nel loro territorio per un periodo superiore a tre mesi al cittadino di uno Stato terzo legalmente sposato con un cittadino dell’Unione dello stesso sesso;

– gli Stati membri sono tuttavia tenuti ad assicurarsi che la loro legislazione contenga criteri che consentano a detto cittadino di ottenere una decisione sulla sua domanda di ingresso e di soggiorno fondata su un esame approfondito della sua situazione personale e motivata in caso di rifiuto;

– sebbene gli Stati membri abbiano un ampio potere discrezionale nella scelta di detti criteri, questi ultimi, tuttavia, devono essere conformi al significato comune del termine “agevola” e non devono privare tale disposizione del suo effetto utile, e

– il rifiuto opposto alla domanda di ingresso e di soggiorno, in ogni caso, non può fondarsi sull’orientamento sessuale della persona interessata».

Osservatorio decisioni

Corte europea dei diritti dell'Uomo

Sentenza del 14 dicembre 2017, *Orlandi e altri c. Italia*, n. 26431/12, 26742/12, 44057/12 e 60088/12.

COPPIA DELLO STESSO SESSO – MATRIMONIO CONTRATTO ALL'ESTERO – TRASCRIZIONE IN ITALIA – RIFIUTO – MANCANZA DI RICONOSCIMENTO E TUTELA ALTERNATIVA – DIRITTO AL RISPETTO PER LA VITA FAMILIARE – VIOLAZIONE

Nonostante l'Italia goda di un ampio margine di apprezzamento in materia di trascrizione di matrimoni contratti all'estero, in assenza di qualche forma interna di riconoscimento e di tutela a disposizione delle coppie dello stesso sesso, il rifiuto di trascrizione del matrimonio contratto all'estero da queste ultime dà origine a un'interferenza ingiustificata nel godimento del diritto al rispetto per la loro vita familiare.

Riferimenti normativi: Art. 8 Cedu.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

...omissis...

THE FACTS

...omissis...

A. The background to the case

1. Ms Francesca Orlandi and Ms Elisabetta Mortagna

11. These two applicants met in February 2007, and in 2009 they entered into a stable and committed relationship with each other.
12. On 11 October 2009 Ms Mortagna moved to Toronto, Ontario, Canada for work purposes. A month later the two applicants decided to get married and on 27 August 2010 they married in Toronto.
13. In the meantime, on 2 April 2010, Ms Mortagna's employment came to an end and as a result she was no longer entitled to a residence permit. She therefore returned to Italy and since then has been cohabiting with Ms Orlandi.
14. On 18 April 2011 their physical cohabitation was registered and since then they have been considered as a family unit for statistical purposes.
15. On 9 September 2011 the two applicants asked the Italian Consulate in Toronto to transmit to the Civil Status Office in Italy the relevant documents for the purposes of registration of their marriage.
16. On 8 November 2011 the relevant documents were transferred.
17. On 13 December 2011 the Commune of Ferrara informed the two applicants that it was not possible to register their marriage. The decision noted that the Italian legal order did not allow marriage between same-sex couples, and that although the law did not specify that couples had to be of the opposite sex, doctrine and jurisprudence had established that Article 29 of the Constitution referred to the traditional concept of marriage, understood as being a marriage between persons of the opposite sex. Thus, the spouses being of different sex was an essential element to qualify for marriage. Moreover, according to Circular no. 2 of 26 March 2001 of the Ministry of Internal Affairs, a marriage contracted abroad between

persons of the same sex, one of whom was Italian, could not be registered in so far as it was contrary to the norms of public order.

2. Mr D.P. and Mr G.P.

18. These two applicants, who live in Italy, met in 2007 and entered into a stable and committed relationship with each other.
19. On 9 January 2008 they started cohabiting in G.P.'s apartment, although D.P. maintained formal residence in his own apartment. In 2009 G.P. purchased a second property which, in the absence of any legal recognition, for practical and fiscal reasons remained in his name only. In 2010 G.P. purchased, through a mandate in the name of D.P. (for the purposes of purchasing such property), a garage. In June 2011 the couple moved into D.P.'s apartment and established their home there. They have since been considered as a family unit for statistical purposes.
20. On 16 August 2011 the two applicants got married in Toronto, Ontario, Canada. On 10 October 2011 they opened a joint bank account. On 12 January 2012, before a notary, the two applicants appointed each other reciprocally as guardians in the event of incapacitation (amministratore di sostegno).
21. Following the applicants' request, on 7 January 2012, the Italian Consulate in Toronto transmitted to the Civil Status Office in Italy the relevant documents for the purposes of registration of their marriage.
22. On 20 January 2012, the Commune of Peschiera Borromeo informed the two applicants that it was not possible to register their marriage. The decision noted that the Italian legal order did not allow marriage between same-sex couples. Moreover, according to Circular no. 2 of 26 March 2001 of the Ministry of Internal Affairs, a marriage contracted abroad between persons of the same sex, one of whom was Italian, could not be registered in so far as it was contrary to the norms of public order.
23. Following the entry into force of the new law (see paragraph 97 below), on 12 September 2016 the two applicants requested that their marriage be transcribed as a civil union. According to the applicants' submissions of 30 January 2017 their request was still pending and no reply had yet been received.
24. According to documents dated 31 March 2017 submitted to this Court in June 2017, by the Government, the applicants' marriage was transcribed as a civil union on 21 November 2016. A certification of this registration, submitted by the Government, is dated 16 May 2017.

3. Mr Mario Isita and Mr Grant Bray

25. The two applicants met in Italy in 2002 and entered into a stable and committed relationship with each other. Mr Bray, who is Canadian, did not have a residence permit in Italy at the time, Mr Isita therefore travelled repeatedly to Canada.
26. On 18 July 2005 the couple married in Vancouver, Canada. In the same year Mr Isita designated Mr Bray as his heir. In 2007 Mr Isita retired and moved to Canada permanently, although he maintained formal residence in Italy.
27. In 2004 the two applicants had purchased some land together; in 2007 the couple purchased a further piece of land, and in 2008 they purchased a house and in 2009 a commercial property with an annexed cottage. In 2009 they also opened a joint bank account.
28. On 10 October 2011 they asked the Civil Status Office to register their marriage contracted in Canada.
29. On 25 November 2011 the Commune of Naples informed the two applicants that no such registration was possible. The decision noted that the Italian legal order did not allow marriage between same-sex couples as reiterated in Circular no. 55 of 2007 issued by the Ministry of Internal Affairs.
30. Following guidance from the Mayor of Naples, directing the Civil Status Office of the commune to register such marriages (see below), Mr Mario Isita and Mr Grant Bray re-submitted an application to have their marriage registered. According to information sent to the applicants by email, their request was granted on 6 August 2014. However, further to the circular issued on 7 October 2014 by the Ministry of Internal Affairs (see paragraph 89 below) the registration was cancelled on an unspecified date.
31. On an unspecified date, following the entry into force of the new law, the two applicants requested that their marriage be transcribed as a civil union. According to the applicants' submissions of 30 January 2017 their request was still pending and no reply had yet been received.
32. According to undated documents submitted to this Court in June 2017, by the Government, the applicants' marriage was transcribed as a civil union on 27 October 2016. A certification of this registration, submitted by the Government, is dated 29 March 2017.

4. Mr Gianfranco Goretti and Mr Tommaso Giartosio

33. These two applicants met in October 1995, and a month later entered into a stable and committed relationship with each other.

34. In 1996 Mr Giartosio purchased a house in Rome, Italy and in spring 1998 the two applicants started to cohabit there. There they established their common residence.
35. In 1998 the two applicants symbolically celebrated their union before their friends and family. In 2001 Mr Giartosio allowed limited access to his bank account in favour of Mr Goretti. In 2005 the two applicants drafted wills nominating each other as each other's heirs.
36. On 9 September 2008 the two applicants got married in Berkeley, California.
37. In 2009 the applicants purchased property together and opened a joint bank account.
38. Following their request of the same day, on 29 September 2011 the Commune of Rome informed the applicants that the registration of their marriage was not possible, as it was contrary to the norms of public order.
39. On 1 October 2011 the couple filed a declaration with the Rome "Registry of civil unions" to the effect that they were entering into a civil union and constituting a *de facto* couple. The declaration is acknowledged by the relevant authorities, but has only symbolic value (see relevant domestic law and practice below).
40. Following guidance from the Mayor of Rome directing the Civil Status Office of the commune to register such marriages (see below), on 15 October 2014 Mr Gianfranco Goretti and Mr Tommaso Giartosio re submitted an application to have their marriage registered. Their request was also granted and the marriage was registered. However, further to the circular issued on 7 October 2014 by the Ministry of Internal Affairs (see paragraph 89 below) by a decision of the Prefect of Rome of 31 October 2014 the above-mentioned registration was cancelled.
41. On 23 November 2016, following the entry into force of the new law and their request to that effect, the applicants' marriage was transcribed as a civil union.

5. Mr Fabrizio Rampinelli and Mr Alessandro Dal Molin

42. These two applicants met in July 1993 and immediately entered into a committed and stable relationship with each other. A few weeks later Mr Dal Molin moved in with Mr Rampinelli in La Spezia, Italy.
43. In 1997 the couple moved to Milan, Italy.
44. In 1998 Mr Rampinelli moved to Germany for employment purposes, maintaining a long-distance relationship with Mr Dal Molin; however they met every week.
45. In 1998 Mr Dal Molin purchased a property in Milan with financial assistance from Mr Rampinelli.
46. In 2000 Mr Rampinelli returned to Italy; the couple moved to Mediglia and continued cohabiting.
47. In 2007 Mr Rampinelli moved to the Netherlands, again for work purposes, maintaining however, a long-distance relationship with regular weekly visits to Italy.
48. After being in a relationship for fifteen years, on 12 July 2008 the couple got married in Amsterdam, the Netherlands. In November 2008 the couple opened a joint bank account.
49. In 2009 Mr Dal Molin left his job in Italy and moved to the Netherlands. As he was unemployed, he was totally dependent on his spouse. Mr Rampinelli also supported financially Mr Dal Molin's mother, a victim of Alzheimer's disease. They are under a system of separation of estates; however, their accounts are in joint names and their wills indicate each other as heirs.
50. On 28 October 2011 the applicants requested the General Consulate in Amsterdam to transmit to the respective Civil Status Offices in Italy the relevant documents for the purposes of registration of their marriage.
51. On 29 November 2011 the Commune of Mediglia informed the applicants that the registration of their marriage was not possible, as it was contrary to the norms of public order. No reply was received from the Commune of Milan.
52. Following the guiding decision by the Mayor of Milan, mentioned above, the applicants also re-submitted an application to have their marriage registered. According to the information provided by the applicants on 30 January 2017, their marriage was never registered.
53. However, on 4 October 2016, following the entry into force of the new law and their request to that effect, the applicants' marriage was transcribed as a civil union.

6. Mr Antonio Garullo and Mr Mario Ottocento

54. The two applicants married in The Hague on 1 June 2002.
55. On 12 March 2004, the applicants being resident in Latina, Italy, they requested the Civil Status Office to register their marriage contracted abroad.
56. On 11 August 2004 their request was rejected in accordance with the advice of the Ministry of Internal Affairs of 28 February 2004. The decision noted that the Italian legal order did not provide for the possibility of two Italian nationals of the same sex contracting marriage; this was a matter contrary to internal public order.

57. On 19 April 2005 the applicants lodged proceedings before the competent Tribunal of Latina, requesting the registration of their marriage in the light of DPR 396/2000 (see relevant domestic law below).
58. By a decision of 10 June 2005 the Latina Tribunal rejected the applicants' claim. It noted that the registration of the marriage was not possible, because if such a marriage had been contracted in Italy it would not have been considered valid according to the current state of the law, as it failed to fulfil the most basic requirement, that of having a female and a male. In any event, the marriage contracted by the applicants had no consequence in the Italian legal order in so far as a marriage between two persons of the same sex, although validly contracted abroad, ran counter to international public order. Indeed same-sex marriage was in contrast with Italy's history, tradition and culture, and the fact that so few European Union (EU) countries had provided such legislation went to show that it was not in line with the common principles of international law.
59. An appeal by the applicants was rejected by a decision of the Rome Court of Appeal, filed in the relevant registry on 13 July 2006. The Court of Appeal noted that such registration could not take place, given that their marriage lacked one of the essential requisites to amount to the institution of marriage in the domestic order, namely the spouses being of different sexes.
60. On 17 July 2007 the two applicants appealed to the Court of Cassation. In particular they highlighted, *inter alia*, that public order referred to in Article 18 of Law no. 218/95, had to be interpreted as international public order not national public order, and thus it had to be established whether same-sex marriage was against that order, in the light of international instruments.
61. By a judgment of 15 March 2012 (no. 4184/12) the Court of Cassation rejected the appeal and confirmed the previous judgment. Noting the Court's case-law in *Schalk and Kopf v. Austria*, (no. 30141/04, ECHR 2010) it acknowledged that a marriage contracted abroad by two persons of the same sex was indeed existent and valid, however, it could not be registered in Italy in so far as it could not give rise to any legal consequence.
62. The Court of Cassation referred to its case-law, to the effect that civil marriages contracted abroad by Italian nationals had immediate validity in the Italian legal order as a result of the Civil Code and international private law. This would be so in so far as the marriage had been contracted in accordance with the laws of the foreign state in which it had been contracted, and that the relevant substantive requirements concerning civil status and the capacity to marry (according to Italian law) subsisted, irrespective of any non-observance of Italian regulations regarding the issuing of the banns or the subsequent registration. The former were subject solely to administrative sanctions and the latter were not conducive of any legal effects – since registration had the mere significance of giving publicity to a deed or act which was already valid on the basis of the *locus regit actum* principle. Thus, had the marriage been contracted by persons of the opposite sex, in the absence of any other fundamental requirements it would have been valid and conducive of legal effects in the Italian legal order. In that case the Civil Status Officer would have no option but to register the marriage. However, the case-law had shown that the opposite sex of the spouses was the most indispensable requirement for the “existence” of a marriage as a legally relevant act, irrespective of the fact that this was not stated anywhere explicitly in the relevant laws. Thus, the absence of such a requirement placed in question not only the validity of the marriage, but its actual existence, meaning that it would not be conducive to any legal effects (as opposed to a nullity). It followed that according to the ordinary law of the land, two same-sex spouses had no right to have their marriage contracted abroad registered.
63. The Court of Cassation considered that the said refusal could not be based on the ground that such a marriage ran counter to public order (as dictated by the relevant circulars), but that the refusal was simply a consequence of the fact that it could not be recognised as a marriage in the Italian legal order.
64. The Court of Cassation went on to note that the social reality had changed, yet the Italian order had not granted same-sex couples the right to marry as concluded in the Court of Cassation judgment no. 358/10 (which it cited extensively). Indeed the question whether or not to allow same-sex marriage, or the registration thereof, was not a matter of EU law, it being left to regulation by Parliament. However, the Italian legal order was also made up of Article 12 of the Convention as interpreted by the European Court of Human Rights in *Schalk and Kopf* (cited above); in that case the Court considered that the difference of sex of spouses was irrelevant, legally, for the purposes of marriage. It followed that, irrespective of the fact that it was a matter to be dealt with by the national authorities, it could no longer be a prerequisite for the “existence” of marriage. Moreover, the Court of Cassation noted that persons of the same sex living together in a stable relationship had the right to respect for their private and family life under Article 8 of the Convention; therefore, even if they did not have the right to marry or to register a validly contracted marriage abroad, in the exercise of the right to freely live with the inviolable status of a couple, they could bring actions before the relevant courts to claim, in specific situations related to their fundamental rights, treatment which was uniform with that afforded by law to married couples.
65. In conclusion, the Court of Cassation found that the claimants had no right to register their marriage. However, this was so not because the marriage did not “exist” or was “invalid” but because of its inabi-

lity to produce (as a marriage deed) any legal effect in the Italian order.

...omissis...

THE LAW

I. PRELIMINARY ISSUES

A. Victim Status

116. As to the issue of some of the applicants having had their marriage registered (as a marriage), the applicants whose marriage was so registered considered that they remained victims of the alleged violations. In their original observations (prior to recent developments) the applicants noted firstly, that registration did not amount to a union giving recognition to their couple. Secondly, as to the complaint linked specifically to registration, they noted that in the light of the circular issued on 7 October 2014 such registration was bound to be withdrawn or annulled. In consequence their situation had not been remedied, nor had the violation been recognised.
117. The Court notes that the Government have not raised any objection in this respect. However, as recently reiterated in *Buzadji v. the Republic of Moldova* [GC], (no. 23755/07, §§ 68-70, 5 July 2016), victim status concerns a matter which goes to the Court's jurisdiction and which it is not prevented from examining of its own motion. In the circumstances of the present case, the Court considers it appropriate to examine whether the applicants whose marriage was registered have lost their victim status.
118. The Court refers to the circular issued on 7 October 2014 by the Ministry of Internal Affairs (paragraph 89 above) according to which mayors were requested to cancel any registrations which had already been made, and informed that in the absence of such cancellations the registrations would be annulled ex officio. The applicants whose marriage was registered have confirmed that shortly after the circular was issued the registration in their respect was cancelled (see paragraphs 30 and 40 above). In these circumstances, the Court considers that the temporary registration of their marriage cannot therefore detract from their victim status.
119. Accordingly, the Court concludes that all the individuals in the present applications should be considered "victims" of the alleged violation concerning the authorities' refusal to register their marriage (as a marriage) within the meaning of Article 34 of the Convention.

B. Exhaustion of domestic remedies

120. The Government submitted that applications nos. 26431/12, 26742/12, and 44057/12 were inadmissible, as the applicants had failed to exhaust domestic remedies. In their view it could not be said that available remedies were not adequate. Domestic jurisprudence showed that the authorities gave particular attention to the issues raised and proposed novel solutions. They referred in particular to Constitutional Court judgment no. 138/10.
121. In relation to their complaint concerning the failed registration, the applicants submitted that it was for the Government to prove that there existed an effective domestic remedy at the time they lodged their applications with the Court; however, they had failed or were unable to do so. They further noted that rightly the Government did not rely on the judgment of the Tribunal of Grosseto of 3 April 2014, which was only a sporadic first-instance judgment, delivered after the introduction of the applications with the Court (they referred in this connection to *Costa and Pavan v. Italy*, no. 54270/10, § 38, 28 August 2012, and *Sürmeli v. Germany* [GC], no. 75529/01, § 110-112, ECHR 2006 VII).
122. Furthermore, in relation to their complaint regarding any means of legal recognition, the applicants submitted that the Government had also not proved, by means of examples, that the domestic courts could provide any legal recognition of their unions. Indeed, given that the flaw related to the law (or lack thereof) ordinary domestic courts were prevented from taking any remedial action. Within the domestic system the appropriate remedy would have been a challenge before the Constitutional Court, which the Court has already stated is not a remedy to be used, it not being directly accessible to the individual (see *Scoppola v. Italy* (no. 2) [GC], no. 10249/03, § 70, 17 September 2009). Moreover, in the present case such a challenge would not have been successful, given the precedent which lay in judgment no. 138/10, subsequently confirmed by other decisions.

123. The Court observes that at the time when all the applicants introduced their applications before the Court (April-September 2012) the case-law concerning the impossibility of registering such marriages was consolidated. The slightly different reasoning adopted in a judgment of 15 March 2012 (no. 4184/12) of the Court of Cassation in two of the applicants' cases did not alter the unfavourable outcome. Moreover, by that time the Constitutional Court had already given its judgment no. 138/10, the findings of which were subsequently reiterated in two further Constitutional Court judgments (filed in the relevant registry on 22 July 2010 and 5 January 2011, see paragraph 78 above), also delivered before the applicants had introduced their applications with the Court. Thus, at the time when the applicants wished to complain about the alleged violations, namely shortly after the refusals by the Civil Status Offices to register their marriages, there was consolidated jurisprudence of the highest courts of the land indicating that their claims had no prospect of success. The Court further notes that the judgment of the Tribunal of Grosseto was delivered after the applicants had lodged their applications with the Court, and that it is only a first instance judgment, it follows that it has no relevance for the Court's finding under this head.
124. Bearing in mind the above, the Court considers that there is no evidence enabling it to hold that at the date when the applications were lodged with the Court the remedies available in the Italian domestic system would have had any prospects of success concerning any of their complaints. It follows that the applicants in applications nos. 26431/12, 26742/12, and 44057/12 cannot be blamed for not pursuing a remedy which was ineffective. Thus, the Court accepts that there were special circumstances which absolved these applicants from their normal obligation to exhaust domestic remedies (see *Vilnes and Others v. Norway*, nos. 52806/09 and 22703/10, § 178, 5 December 2013).
125. It follows that in these circumstances the Government's objection must be dismissed.

...omissis...

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION AND ARTICLE 14 IN CONJUNCTION WITH ARTICLES 8 AND 12 OF THE CONVENTION

137. The applicants complained about the refusal to register their marriages, contracted abroad, and the fact that they could not marry or have any other legal recognition of their family union in Italy. They considered that the situation was discriminatory and based solely on their sexual orientation. They cited Article 8, 12 and 14. The provisions they cited read as follows:

Article 8

"1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."

Article 12

"Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right."

Article 14

"The enjoyment of the rights and freedoms set forth in [the] Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status."

138. The Court reiterates that it is the master of the characterisation to be given in law to the facts of the case (see, for example, *Gatt v. Malta*, no. 28221/08, § 19, ECHR 2010). In the present case the Court considers that the complaints raised by the applicants are to be examined solely under Article 8 alone and under Article 14 of the Convention read in conjunction with Articles 8 and 12.

...omissis...

2. The Court's assessment

(a) Article 8

191. The applicant's complaints under this provision mainly relate to the fact that on their return to Italy they were refused registration of their marriage, either as a marriage or under any other form, depriving them of any legal protection or associated rights.
192. The Court reiterates that States are still free, under Article 12 of the Convention as well as under Article

- 14 taken in conjunction with Article 8, to restrict access to marriage to different-sex couples (see *Schalk and Kopf*, cited above, § 108 and *Chapin and Charpentier*, cited above, § 39). The same holds for Article 14 taken in conjunction with Article 12 (see *Oliari and Others*, cited above, § 193). Nevertheless, the Court has acknowledged that same-sex couples are in need of legal recognition and protection of their relationship (see *Oliari and Others*, cited above, § 165 and the case-law cited therein). Indeed, in *Oliari and Others* the Court concluded that in the absence of a prevailing community interest being put forward by the Italian Government, against which to balance the applicants' momentous interests, and in the light of domestic courts' conclusions on the matter which remained unheeded, the Italian Government had overstepped their margin of appreciation and failed to fulfil their positive obligation to ensure that the applicants had available a specific legal framework providing for the recognition and protection of their same-sex unions (§ 185). There had thus been a breach of Article 8 (§ 187).
193. The Court notes that, following the judgment in *Oliari and Others* (cited above), by means of Law no. 76/2016, the Italian legislator provided for civil unions in Italy. By subsequent decrees it was provided that persons who had contracted marriage, civil union or any other corresponding union abroad could register their union as a civil union in terms of Italian law (see paragraphs 97 to 100 above). The latter legislation came into being in 2017 (see paragraph 100 above) and most of the applicants have recently benefited from it.
 194. The Court has already held, in respect of various domestic legislations, that civil unions provide an opportunity to obtain a legal status equal or similar to marriage in many respects (see for example, *Schalk and Kopf*, § 109, concerning Austria, *Hämäläinen*, § 83, in connection with the Finnish system, and *Chapin and Charpentier*, §§ 49 and 51, concerning France, all cited above). The Court considers that, in principle, such a system would *prima facie* suffice to satisfy Convention standards. The applicants also acknowledged either explicitly or implicitly that it would have sufficed, to safeguard everyone's interests, had the authorities registered their marriage at least as a civil union (see paragraphs 151, 155 and 156 above) in so far as the applicants would have had the ability to have their relationships recognised in some form in the domestic system.
 195. The Court notes that the new Italian legislation providing for civil unions (and registration of marriages contracted abroad as civil unions), also appears to give more or less the same protection as marriage with respect to the core needs of a couple in a stable and committed relationship, and the Court is not called upon in the present case to examine any differences in the detail of these, a matter which is beyond the scope of this case.
 196. The Court reiterates in this connection that in proceedings originating in an individual application it has to confine itself, as far as possible, to an examination of the concrete case before it (see *Schalk and Kopf*, cited above, § 103). Given that at present it is open to the applicants to enter into a civil union, or have their marriage registered as a civil union, the Court must solely determine whether the refusals to register the applicants' marriage in any form with the result that they were left in a legal vacuum and devoid of any protection, prior to 2016-17, violated their rights under Article 8.
 197. While the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary action by the public authorities, there may in addition be positive obligations inherent in effective 'respect' for family life. However, the boundaries between the State's positive and negative obligations under this provision do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are, nonetheless, similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation (see *Jeunesse v. the Netherlands* [GC], no. 12738/10, § 106, 3 October 2014 and *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg*, no. 76240/01, § 118, 28 June 2007).
 198. The Court does not consider it necessary to decide whether it would be more appropriate to analyse the case as one concerning a positive or a negative obligation since it is of the view that the core issue in the present case is precisely whether a fair balance was struck between the competing interests involved (see, *mutatis mutandis*, *Dickson v. the United Kingdom*, no. 44362/04, § 71, 18 April 2006).
 199. As to the lack of civil unions, the Court notes that the Government's observations in this respect are in line with those made in the case of *Oliari and Others*, relating to the same period of time – 2015 being the crucial time on which the *Oliari and Others* judgment is based (see *Oliari and Others*, cited above, § 164). As in that case, in the present case, the Government did not put forward a prevailing community interest against which to balance the applicants' momentous interests which persisted until the legislation concerning civil unions came into force and until which time the applicants in the present case continued to suffer the consequences of being unable to benefit from a specific legal framework providing for the recognition and protection of their same-sex unions.
 200. Similarly, as to the failure to register the marriages, the Government failed to indicate any legitimate aim for such refusal, save for a general phrase concerning "internal public order" (see paragraph 167 above), which however, the Court observes, is not in line with domestic jurisprudence (Court of Cassation judgment no. 4184/12, see paragraphs 61-65 above, whose findings were reiterated thereafter). In

- that connection, the Court notes that, unlike other provisions of the Convention, Article 8 does not enlist the notion of “public order” as one of the legitimate aims in the interests of which a State may interfere with an individual’s rights. However, bearing in mind that it is primarily for the national legislation to lay down the rules regarding validity of marriages and to draw the legal consequences (see *Green and Farhat v. Malta*, (dec.), no. 38797/07, 6 July 2010), the Court has previously accepted that national regulation of the registration of marriage may serve the legitimate aim of the prevention of disorder (see *ibid.* and *Dadouch*, cited above, § 54). Thus, the Court can accept for the purposes of the present case that the impugned measures were taken for the prevention of disorder, in so far as the applicants’ position was not provided for in domestic law.
201. Indeed, the crux of the case at hand is precisely that the applicants’ position was not provided for in domestic law, specifically the fact that the applicants could not have their relationship - be it a *de facto* union or a *de jure* union recognised under the law of a foreign state - recognised and protected in Italy under any form.
 202. The Court notes the Government’s submission that, in the area in question, the Contracting States enjoyed a substantial margin of appreciation.
 203. It reiterates that the scope of the States’ margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject matter and the context; in this respect one of the relevant factors may be the existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting States (see, for example, *Wagner and J.M.W.L. and Negrepontis-Giannisis*, both cited above, § 128 and § 69 respectively). Accordingly, on the one hand, where there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wide. On the other hand, where a particularly important facet of an individual’s existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will normally be restricted (see *Van der Heijden v. the Netherlands* [GC], no. 42857/05, § 60, 3 April 2012, *Mennesson v. France*, no. 65192/11, § 77, ECHR 2014 (extracts); and *Paradiso and Campanelli v. Italy* [GC], no. 25358/12, § 182, ECHR 2017).
 204. As to legal recognition of same-sex couples, the Court notes the movement that has continued to develop rapidly in Europe since the Court’s judgment in *Schalk and Kopf* and continues to do so. Indeed at the time of the *Oliari and Others* judgment, there was already a thin majority of CoE States (twenty-four out of forty seven) that had already legislated in favour of such recognition and the relevant protection. The same rapid development had been identified globally, with particular reference to countries in the Americas and Australasia, showing the continuing international movement towards legal recognition (see *Oliari and Others*, cited above, § 178). To date, twenty-seven countries out of the forty seven CoE member states have already enacted legislation permitting same sex couples to have their relationship recognised (either as a marriage or as a form of civil union or registered partnership) (see paragraph 112 above).
 205. The same cannot be said about registration of same-sex marriages contracted abroad in respect of which there is no consensus in Europe. Apart from the member States of the Council of Europe where same-sex marriage is permitted, the comparative law information available to the Court (limited to twenty-seven countries where same-sex marriage was not, at the time, permitted) showed that only three of those twenty seven other member States allowed such marriages to be registered, despite the absence (to date or at the relevant time) in their domestic law of same-sex marriage (see paragraph 113 above). Thus, this lack of consensus confirms that the States must in principle be afforded a wide margin of appreciation, regarding the decision as to whether to register, as marriages, such marriages contracted abroad.
 206. Apart from the above, in determining the margin of appreciation, the Court must also take account of the fact that the issues in the present case concern facets of an individual’s existence and identity (see, for example, *Oliari and Others*, cited above, § 177).
 207. As to the interests of the State and the community at large, in respect of the failure to register such marriages, the Court can accept that to prevent disorder Italy may wish to deter its nationals from having recourse in other States to particular institutions which are not accepted domestically (such as same-sex marriage) and which the State is not obliged to recognise from a Convention perspective. Indeed the refusals in the present case are the result of the legislator’s choice not to allow same sex marriage - a choice not condemnable under the Convention. Thus, the Court considers that there is also a State’s legitimate interest in ensuring that its legislative prerogatives are respected and therefore that the choices of democratically elected governments do not go circumvented.
 208. The Court notes that the refusal to register the applicants’ marriage did not deprive them of any rights previously recognised in Italy (had there been any), and that the applicants could still benefit, in the State where they contracted marriage, from any rights and obligations acquired through such marriage.
 209. However, the decisions refusing to register their marriage under any form, thus leaving the applicants in a legal vacuum (prior to the new laws), failed to take account of the social reality of the situation. Indeed, as the law stood before the introduction of Law no. 76/2016 and subsequent decrees, the autho-

rities could not formally acknowledge the legal existence of the applicants' union (be it de facto or de jure as it was recognised under the law of a foreign state). The applicants thus encountered obstacles in their daily life and their relationship was not afforded any legal protection. No prevailing community interests have been put forward to justify the situation where the applicants' relationship was devoid of any recognition and protection.

210. The Court considers that, in the present case, the Italian State could not reasonably disregard the situation of the applicants which corresponded to a family life within the meaning of Article 8 of the Convention, without offering the applicants a means to safeguard their relationship. However, until recently, the national authorities failed to recognise that situation or provide any form of protection to the applicants' union, as a result of the legal vacuum which existed in Italian law (in so far as it did not provide for any union capable of safeguarding the applicants' relationship before 2016). It follows that the State failed to strike a fair balance between any competing interests in so far as they failed to ensure that the applicants had available a specific legal framework providing for the recognition and protection of their same-sex unions.
211. In the light of the foregoing, the Court considers that there has been a violation of Article 8 of the Convention in that respect.

(b) Article 14

212. Having regard to its finding under Article 8, the Court considers that it is not necessary to examine whether, in this case, there has also been a violation of Article 14 in conjunction with Article 8 or 12.

...omissis...

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Declares*, by a majority, the applications admissible;
2. *Holds*, by 5 votes to 2, that there has been a violation of Article 8 of the Convention;
3. *Holds*, unanimously, that there is no need to examine the complaint under Article 14 in connection with Articles 8 and 12 of the Convention;

...omissis...

Germania: Corte costituzionale

Sentenza del 10 ottobre 2017, prima sezione, BverG 2019/16¹

ANAGRAFE – STATO CIVILE – IMPOSSIBILITÀ DI ISCRIZIONE CON UN SESSO DIVERSO DA DONNA O UOMO – DIRITTO DELLA PERSONALITÀ – DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE – ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

L'impossibilità per coloro che non si riconoscono e non si identificano in modo permanente come donna o uomo, di poter indicare, al momento della registrazione anagrafica, un "terzo" genere diverso dalle voci "donna" o "uomo" viola la Costituzione tedesca, in particolare il diritto generale della personalità e il principio di non discriminazione.

Riferimenti normativi: art. 1 del *Personenstandsrechtsreformgesetz*, L. 19 febbraio 2007; art. 1, n. 6, lett. b, del *Personenstandsrechts-Änderungsgesetz*, L. 7 maggio 2013; artt. 1(1), 2(1), 3(3) della Legge fondamentale tedesca

FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT
– 1 BvR 2019/16 –
IN THE NAME OF THE PEOPLE
In the proceedings on the constitutional complaint

...omissis...

1. directly against
 - a) the order of the Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof) of 22 June 2016 – XII ZB 52/15 –,
 - b) the order of the Celle Higher Regional Court (Oberlandesgericht) of 21 January 2015 – 17 W 28/14 –,
 - c) the order of the Hanover Local Court (Amtsgericht) of 13 October 2014 – 85 III 105/14 –
2. indirectly against
§ 21(1) no. 3 of the Civil Status Act (*Personenstandsgesetz* – PStG) in the version of Article 1 of the Act to Reform Civil Status Law (Civil Status Law Reform Act, *Personenstandsrechtsreformgesetz* – PStRG) of 19 February 2007 (Federal Law Gazette, *Bundesgesetzblatt* – BGBl I p. 122), § 22(3) of the Civil Status Act in the version of Article 1 no. 6 letter b of the Act to Amend Civil Status Law (Civil Status Law Amending Act, *Personenstandsrechts-Änderungsgesetz* – PStRÄndG) of 7 May 2013 (BGBl I p. 1122) the Federal Constitutional Court – First Senate –

...omissis...

held on 10 October 2017:

1. § 21(1) no. 3 of the Civil Status Act (*Personenstandsgesetz* – PStG) in the version of Article 1 of the Act to Reform Civil Status Law (Civil Status Law Reform Act, *Personenstandsrechtsreformgesetz* – PStRG) of 19 February 2007 (Federal Law Gazette, *Bundesgesetzblatt* – BGBl I p. 122) in conjunction with § 22(3) of the Civil Status Act in the version of Article 1 no. 6 letter b of the Act to Amend Civil Status Law (Civil Status

1 Traduzione disponibile sul sito della Corte costituzionale della Repubblica federale tedesca: www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2017/10/rs20171010_1bvr201916en.html;jsessionid=9DC6E67B81402E57E1A9E22D9837B0F9.2_cid383.

Law Amending Act, *Personenstandsrechts-Änderungsgesetz* – PStRÄndG) of 7 May 2013 (BGBl I p. 1122) is incompatible with Article 2(1) in conjunction with Article 1(1) and Article 3(3) first sentence of the Basic Law (*Grundgesetz* – GG) insofar as it imposes an obligation on persons to state their gender and does not allow for a positive gender entry other than “female” or “male” for persons whose gender development deviates from female or male gender development and who permanently identify as neither male nor female.

The legislature must enact provisions that are compatible with the Constitution by 31 December 2018.

2. The orders of the Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*) of 22 June 2016 – XII ZB 52/15 –, of the Celle Higher Regional Court (*Oberlandesgericht*) of 21 January 2015 – 17 W 28/14 – and of the Hanover Local Court (*Amtsgericht*) of 13 October 2014 – 85 III 105/14 – violate the complainant’s fundamental rights under Article 2(1) in conjunction with Article 1(1) and Article 3(3) first sentence of the Basic Law (*Grundgesetz* – GG). The orders of the Federal Court of Justice of 22 June 2016 – XII ZB 52/15 – and of the Celle Higher Regional Court of 21 January 2015 – 17 W 28/14 – are reversed. The matter is remanded to the Higher Regional Court. The proceedings must be suspended until new provisions have been enacted.
3. The Federal Republic of Germany must reimburse the complainant for necessary expenses.

Reasons

A.

The constitutional complaint concerns the question whether the challenged decisions and the underlying provision of § 21(1) no. 3 in conjunction with § 22(3) of the Civil Status Act (*Personenstandsgesetz* – PStG) violate the complainant’s fundamental rights. At birth, the complainant was assigned the female gender and registered as a girl in the birth register. They have an atypical set of chromosomes (so-called Turner syndrome) and permanently identify with neither the female nor the male gender [*translator’s note: singular they is used as a gender-neutral pronoun throughout this text*]. [...]

[Excerpt from the press release no. 95/2017 of 8 November 2017]

The complainant filed a request with the competent registry office for correcting the complainant’s birth registration by deleting the previous gender entry “female” and replacing it with “inter/diverse”, alternatively only with “diverse”. The registry office rejected the request and pointed out that under German civil status law a child needs to be assigned either the female or the male gender in the birth register, and emphasised that – if this is impossible – no gender entry is made (§ 21(1) no. 3, § 22(3) PStG). The request for correction filed thereupon with the Local Court (*Amtsgericht*) was rejected; the complaint filed against this decision was unsuccessful. [...]

[End of Excerpt]

I.

1. a) [...] The two provisions of the Civil Status Act that are indirectly challenged read as follows:
 - § 21 Entry in the birth register
 - (1) The following information is documented in the birth register:
 3. the child’s gender,
 - § 22 Missing data
 - (3) If the child can be assigned neither the female nor the male gender, that person’s civil status shall be documented in the birth register without indicating the person’s gender.
 - b) § 22(3) PStG was introduced in the context of the reform of civil status law in 2013. Previously, since 1875 there had been no legal provision on persons whose gender is not clearly female or male. The General State Law for the Prussian States (*Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten* – ALR) of 1794 still provided for gender classification of hermaphrodites: “If hermaphrodites are born, their parents determine in which gender they are raised” (§ 19(I) first sentence ALR). “However, after having turned eighteen, these persons are free to choose which gender they want to belong to” (§ 20(I) first sentence ALR). This provision was omitted without replacement when registry offices and birth registers were introduced by the “Act on Documenting Civil Status and Marriage” (*Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung*) of 6 February 1875 (Reich Law Gazette, *Reichsgesetzblatt* – RGBL p. 23). A regulatory gap resulted that ultimately persisted until civil status law was reformed in 2013

(see Wacke, in: Festschrift für Kurt Rebmann, 1989, pp. 861, 868 et seq.; Kolbe, *Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht*, 2010, p. 81; Lettrari, *Aktuelle Aspekte der Rechtslage zur Intersexualität*, 2015, p. 6).

- c) The new provision of § 22(3) PStG was preceded by the concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women of 10 February 2009 in which the committee requested the Federal Republic of Germany "(...) to enter into dialogue with non-governmental organizations of intersexual and transsexual people in order to better understand their claims and to take effective action to protect their human rights" (CEDAW/C/DEU/CO/6 para. 62).

In 2010, the Federal Ministry of Education and Research and the Federal Ministry of Health instructed the German Ethics Council to prepare an opinion on the situation of intersexual persons in Germany in dialogue with persons concerned by intersexuality. In February 2012, the German Ethics Council submitted its opinion. Its summary is as follows (*Bundestag* document, *Bundestagsdrucksache* – BTDrucks 17/9088, p. 59 [translation by the German Ethics Council]):

"The German Ethics Council takes the view that personal rights and the right to equality of treatment are unjustifiably infringed if persons whose physical constitution is such that they cannot be categorized as belonging to either the female or the male sex are compelled by law to be designated in one of these categories in the civil register.

1. Provision should be made for persons whose sex cannot be unambiguously determined to register not only as "female" or "male" but also as "other".

Provision should also be made for individuals' sex not to be registered until they have decided for themselves. A maximum age for affected people to decide should be laid down in law.

2. In addition to the existing possibility of amendment of one's registered sex under Section 47(2) of the Act on Civil Status (PStG), provision should be made for affected individuals to request amendment of their registered sex should the original entry prove to be incorrect.

4. As a basis for future decisions on legislation, the purposes of compulsory registration as provided by current law should be evaluated. A review should be undertaken to determine whether the recording of a person's sex in the civil register is in fact still necessary."

- d) The Government's Draft Act to Amend Civil Status Law (Civil Status Law Amending Act, *Personenstandsrechts-Änderungsgesetz* – PStRÄndG) of 25 May 2012 did not follow the recommendations of the German Ethics Council (*Bundesrat* document, *Bundesratsdrucksache* – BRDrucks 304/12; BTDrucks 17/10489, pp. 5 et seq.). In a statement of 6 July 2012, the *Bundesrat* called on the Federal Government to review the recommendations of the German Ethics Council on intersexuality, which the *Bundesrat* endorsed, in the context of the draft law (BTDrucks 17/10489, p. 56). In its reply, the Federal Government confirmed that it took the problems of those concerned and the opinion of the Ethics Council very seriously. However, according to the Federal Government, in this very advanced stage of the legislative procedure, the complex problems, particularly when taking into account medical aspects, cannot be solved in the short term. Comprehensive consultations with persons concerned and experts would have to be held before new provisions could be enacted, the Federal Government argued. In this respect, it would also be necessary to review which amendments to other laws would be required (BTDrucks 17/10489, p. 72; *Bundestag* Minutes of Plenary Proceedings, *BT-Plenarprotokoll* 17/219, p. 27222). The *Bundestag* Committee on Internal Affairs recommended adopting the current § 22(3) PStG (BTDrucks 17/12192, pp. 3, 11). In the second and third deliberations, the Committee's proposal was adopted unanimously (cf. *Bundestag* Minutes of Plenary Proceedings 17/219, pp. 27217 et seq.). For the time being, further provisions should be subject to further discussions in the expert committees (cf. *Bundestag* Minutes of Plenary Proceedings 17/219, p. 27222).

- e) In the coalition agreement for the 18th legislative term of 27 November 2013, the coalition parties committed to evaluating and extending the changes in civil status law for intersexual persons that had been enacted in the meantime. They also committed to "focussing on the special situation of transsexual and intersexual persons" (cf. coalition agreement among CDU, CSU and SPD, 18th legislative term, p. 105). For this purpose, an interministerial working group "Intersexuality/Transsexuality" was established, which was due to submit its report in the first half of 2017. This has not happened yet (cf. reply by the Federal Government to a minor interpellation of the parliamentary group BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BTDrucks 18/7310, p. 14).

2. [...]

3. From a medical perspective, exclusively binary designations of gender are not maintained. In 2015, upon the recommendation of its scientific advisory board, the German Medical Association (*Bundesärztekammer*) submitted its opinion "Healthcare for children, youths and adults with differences/disorders of sex development (DSD)" (*"Versorgung von Kindern, Jugendlichen und Erwachsenen mit Varianten/Störungen der Geschlechtsentwicklung"*). In its opinion, the association states that disorders of sex development are heterogeneous deviations in gender determination or differentiation. Deviations in gender development include congenital variations in genetic, hormonal, gonadal and genital dispositions of a person due to which a person's gender does not unambiguously correspond to the biological categories of

‘male’ or ‘female’. Equating this with a malformation or disease is not appropriate, the association holds [...]. The 2016 “Guidelines by the German Society of Urology (DGU) e.V., the German Society of Paediatric Surgery (DGKCH) e.V., the German Society of Paediatric Endocrinology and Diabetology (DGKED) e.V.” (*Leitlinie der Deutschen Gesellschaft für Urologie (DGU) e.V., der Deutschen Gesellschaft für Kinderchirurgie (DGKCH) e.V., der Deutschen Gesellschaft für Kinderendokrinologie und -diabetologie (DGKED) e.V.*) note that the traditional prescriptive idea of men and women needs to be revisited in order to ensure adequate psychological and medical care for and treatment of persons with deviating gender development, due to the biological context and the experiences of these persons. Deviating gender development is not a disease. It is not possible to think about its “curability”, the guidelines maintain. No medical or psychological intervention will change the ambiguous state *per se*. How people handle deviating gender development is in principle a socio-political issue and must be considered in the context of society as a whole [...]. In addition, according to the opinion, medical and psychosocial science largely agree that gender cannot be determined, let alone created, by genetic, anatomical and chromosomal features alone, but is also dependent on social and psychological factors [...].

4. [...]

...omissis...

III.

With the constitutional complaint, the complainant claims a violation of their general right of personality under Art. 2(1) in conjunction with Art. 1(1) of the Basic Law (*Grundgesetz* – GG), discrimination based on gender under Art. 3(3) first sentence GG and a violation of the principle of equal treatment under Art. 3(1) GG.

...omissis...

B.

The admissible constitutional complaint is well-founded. § 21(1) no. 3 in conjunction with § 22(3) PStG is unconstitutional insofar as § 21(1) no. 3 PStG requires a gender entry under civil status law, but § 22(3) PStG does not allow for a further positive gender entry for persons whose gender development deviates from female or male gender development and who permanently identify with neither the male nor the female gender. The decisions challenged in the constitutional complaint are based on these provisions. They violate the complainant’s general right of personality (Art. 2(1) in conjunction with Art. 1(1) GG) and the prohibition to disfavour a person because of gender (Art. 3(3) first sentence GG).

I.

§ 21(1) no. 3 in conjunction with § 22(3) PStG violates the general right of personality (Art. 2(1) in conjunction with Art. 1(1) GG) in its manifestation as protection of gender identity. The general right of personality also protects the gender identity of persons who can be assigned neither the male nor the female gender (1). Their fundamental right is interfered with because current civil status law requires that gender must be registered, but does not allow a gender entry other than female or male (2). This interference with fundamental rights is not justified (3).

1. The general right of personality protects the complainant’s gender identity.
- a) Art. 2(1) GG grants every person the right to free development of their personality. In addition to the general freedom of action, this fundamental right includes the general right of personality (Art. 2(1) in conjunction with Art. 1(1) GG). As a so-called “unspecified” fundamental freedom, the latter right complements the special (“specified”) freedoms, which also protect constitutive elements of the personality (cf. Decisions of the Federal Constitutional Court, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* – BVerfGE 54, 148 <153>). One of the purposes of the general right of personality is to guarantee the basic conditions enabling individuals to develop and protect their individuality in a self-determined way (cf. BVerfGE 35, 202 <220>; 79, 256 <268>; 90, 263 <270>; 117, 202 <225>). However, the general right of personality only protects those elements of development of one’s personality which – without already being covered by the specifically guaranteed freedoms under the Basic Law – are equal to these freedoms in terms of their constitutive importance for personality (cf. BVerfGE 79, 256 <268>; 99, 185 <193>; 120, 274 <303>; established case-law). Hence, it does not guarantee protection against anything that could in any way impair the self-determined development of one’s personality; in any case, no person is able to develop their individuality independent of external conditions and affiliations. However, where the self-determined development and protection of personality is specifically threatened, it is covered

by the protection of the general right of personality, which serves to close legal gaps (BVerfGE 141, 186 <201 and 202 para. 32>).

- b)** Accordingly, the general right of personality also protects gender identity (cf. BVerfGE 115, 1 <14 et seq.>; 116, 243 <259 et seq.>; 121, 175 <190 et seq.>; 128, 109 <123 et seq.>), which is regularly a constitutive element of an individual's personality. Under the given circumstances, the assignment of gender is of paramount importance for individual identity; it typically occupies a key position both in a person's self-image and in the way this person is perceived by others. Gender identity plays an important role in everyday life: In part, gender determines entitlements and obligations provided for by law; furthermore, it often forms the basis for the identification of a person, and gender identity is also significant in everyday life irrespective of legal provisions. To a large extent it determines, for instance, how persons are addressed or what is expected of a person in terms of their appearance, upbringing or behaviour.

The gender identity of persons who can be assigned neither the male nor the female gender is protected as well. These persons might be able to develop their personality more freely if less significance was attributed to gender assignment in general. Yet under the given circumstances, gender assignment is a particularly relevant factor for how persons are perceived by others and for how they see their own personality. The complainant emphasises the practical importance of gender assignment, too, and argues that under these circumstances, gender identity is a constitutive element of their personality.

- 2.** The provision of § 21(1) no. 3 in conjunction with § 22(3) PStG interferes with the general right of personality in its manifestation as protection of gender identity (a) and specifically threatens the development and protection of the complainant's personality in their gender identity (b).
- a)** The provisions indirectly challenged interfere with the general right of personality in its manifestation as protection of gender identity. Civil status law requires that gender must be registered, but does not allow the complainant, whose gender development deviates from female or male gender development and who permanently identifies with neither the male nor the female gender a gender entry under civil status law that corresponds to their gender identity (on the existence of an interference see BVerfGE 49, 286 <298>; 60, 123 <132 et seq.>; 116, 243 <259 et seq.>; 121, 175 <190 et seq.>; 128, 109 <124>). Under civil status law, a person's gender needs to be documented in the birth register pursuant to § 21(1) no. 3 PStG. The only positive options available for this are the gender "female" and the gender "male"; there is, however, no further option for a gender entry. This follows from § 22(3) PStG ("missing data"), according to which the gender entry in the birth register should be left blank if the child can be assigned neither the female nor the male gender. In this case, no positive entry can be made in the birth register. Accordingly, the complainant must tolerate an entry that does not correspond to their constitutionally protected gender identity.

Pursuant to § 22(3) PStG, the complainant has the option of deleting their female gender entry in the birth register. However, this does not eliminate the interference with fundamental rights: The complainant's gender identity is not only impaired by their incorrect assignment to the female gender, but also by the currently stipulated choice of the legal alternative "missing data" (§ 22(3) PStG). The missing gender entry would not show that, while indeed not identifying as a man or a woman, the complainant does not identify as genderless either and sees themselves as having a gender beyond male or female. The "missing data" option does not alter the exclusively binary pattern of gender identity; it gives the impression that legal recognition of another gender identity is ruled out and that the gender entry has simply not been clarified yet, that a solution has not been found yet or even that it has been forgotten. This does not amount to recognition of the complainant in their perceived gender. From the complainant's view, the entry remains inaccurate, because just deleting a binary gender entry creates the impression of not having a gender (cf. Althoff/Schabram/Follmar-Otto, loc. cit., pp. 24, 44; see also Vöneky/Wilms, Stellungnahme zur Situation von Menschen mit Intersexualität in Deutschland im Deutschen Ethikrat, 2011, p. 3; Sieberichs, FamRZ 2013, p. 1180 <1181>; Gössl, NZFam 2016, 1122 <1123>).

- b)** If civil status law requires a gender entry, but at the same time denies persons recognition of their gender identity under civil status law, it specifically threatens the self-determined development and protection of these persons' personality:
- aa)** Under the given circumstances, the recognition of gender under civil status law has an identity-building and expressive effect. Civil status is not a marginal issue; rather, it is the "position of a person within the legal system", as stated by the law (§ 1(1) first sentence PStG). With civil status, a person is measured according to the criteria provided for by law; it defines the central aspects of the legally relevant identity of a person. Thus denying the recognition of gender identity under civil status law in itself, i.e. irrespective of the consequences associated with the gender entry outside of civil status law, specifically threatens the self-determined development and protection of a person's personality.

The entry under civil status law in itself only takes on specific significance for gender identity because civil status law requires that a gender must be stated in the first place. If it did not require a gender entry, it would not specifically threaten the development and protection of personality as the specific gender identity of a person would not be recorded under civil status law. [...]

However, pursuant to § 21(1) no. 3 PStG, civil status currently also includes a person's gender. Despite several reforms of civil status law, the legislature has maintained the registration of gender as an identifying feature under civil status law. As the legislature regards gender as so crucially important for describing a person and their legal status by way of civil status law, the recognition of a person's specific gender identity under civil status law has an identity-building and expressive effect in itself, with the material and legal consequences of the civil status entry outside of civil status law being irrelevant in this respect (on the independent fundamental rights relevance of the register entry in the case of transsexuality see BVerfGE 49, 286 <297 and 298>; on naming see also BVerfGE 104, 373 <385>; 109, 256 <266>; 115, 1 <14>). If, under these circumstances, the gender identity of a person is not recognised under civil status law, it specifically threatens the self-determined development and protection of their personality.

- bb) In particular, the requirement of a gender entry under civil status law in combination with the limited entry options make it difficult for those concerned to move about in public and be seen by others as the persons they are with regard to their gender. Yet the way a person is depicted and perceived in public and by others is significant for the free development of their personality and may result in specific threats [to fundamental rights] (cf. BVerfGE 99, 185 <193>; 114, 339 <346>; 119, 1 <24> [...]). Civil status law requires a gender entry, but does not allow those concerned a gender entry in the birth register which is in line with their self-image. This contributes to the fact that their individual identity is not perceived and recognised in the same way and as naturally as that of female or male persons. The complainant plausibly argues that an individual often cannot just pass over their gender entry under civil status law when appearing in public.
- 3. The interference is not justified. The court decisions are based on an unconstitutional legal provision, because compelling persons to have a gender entry under civil status law while denying them a further positive entry other than "female" or "male" is not based on a legitimate aim for which the provision would be suitable, necessary and appropriate.
 - a) The Basic Law does not require that civil status be exclusively binary in terms of gender. It neither requires that gender be governed as part of civil status, nor is it opposed to the civil status recognition of a third gender identity beyond male and female. It is true that Art. 3(2) first sentence GG refers to "men" and "women". However, a conclusive determination that the term "gender" only means men and women does not arise [from this wording]. It follows from the requirement of equal rights under Art. 3(2) GG that existing social disadvantages between men and women need to be eliminated. The purpose of this provision is mainly to eliminate gender-based discrimination against women (cf. BVerfGE 85, 191 <207>), but its aim is not to enshrine gender identity in civil status law or to rule out introducing another gender category in addition to "male" and "female". [...]
 - b) The interests of third parties cannot justify that § 22(3) PStG does not offer a third option allowing for a positive entry in the birth register. The status of men and women under civil status law remains unaffected by a further entry option. The same also applies to persons with deviating gender development who still identify with either the male or female gender and who are and want to be registered accordingly. The mere possibility of entering a further gender does not oblige anyone to identify with this third gender. [...] In a regulatory system that requires information on gender, the existing options for persons with deviating gender development to be registered as male or female or omit the gender entry altogether need to be preserved.
 - c) The fact that the introduction of a third positive entry may be associated with bureaucratic and financial costs during a transitional period does not justify denying the option of a further gender entry. At first, the formal and technical preconditions necessary for registering another gender of course need to be created. However, the additional effort associated with allowing for a standardised third gender designation would have to be accepted, given the interference with fundamental rights that arises from being ignored by law in one's own gender identity. The general right of personality does not, however, grant a claim to the entry of random gender-related identity features as civil status information. Besides, the legislature is free to completely dispense with a gender entry in matters under civil status law.
 - d) Organisational interests of the state cannot justify the denial of a third standardised and positive entry option, either. Insofar as the legal identification of persons is *de lege lata* carried out on the basis of their gender and individual legal obligations and claims are attributed based on gender under current law, the registration of gender under civil status law contributes to an accurate and unambiguous identification and attribution (cf. BVerfGE 128, 109 <129 and 130>). However, this does not justify that under § 22(3) PStG no gender other than male or female can be entered in the civil register.

Allowing a positive entry for a third gender with a standardised third designation (for suggestions see, e.g., the opinion of the German Ethics Council, BTDrucks 17/9088, p. 59) does not result in any assignment difficulties that do not already exist under current law anyway. Uncertainties may occur where a provision outside of civil status law is linked to gender and presumes that a person is either female or male. In that case it would indeed be unclear how a person assigned to a third gender should be treated.

However, the same issue exists already under current law if the gender entry is left blank pursuant to § 22(3) PStG. In this case, assigning a person to the male or female gender is not possible either: In this respect, material law neither regulates which gender-based provisions apply, nor has the legislature created specific provisions for persons without gender entry. If a further positive gender entry is allowed for, the questions to be clarified are thus the same as those that already arise when opting for no gender entry, which is possible *de lege lata*. In fact, the positive entry of a third gender could provide greater clarity given that it does not – unlike a gender entry that is permanently left blank – convey the wrong impression that the entry was left blank inadvertently.

The permanent nature of civil status is not affected by the option of a third gender entry, either, because just creating another entry option is not a statement on the requirements for changing civil status.

II.

Insofar as § 21(1) no. 3 in conjunction with § 22(3) PStG excludes a gender entry other than “male” and “female”, it also violates the ban on discrimination of Art. 3(3) first sentence GG. The provisions that are indirectly challenged disadvantage persons who are neither male nor female and who permanently identify with another gender (1). Article 3(3) first sentence GG protects not only men and women against discrimination based on gender, but also persons who do not permanently identify with these two categories (2). The disadvantaging is not justified (3).

1. § 21(1) no. 3 in conjunction with § 22(3) PStG disadvantages persons based on their gender who are neither male nor female and who permanently identify with another gender. Under Art. 3(3) first sentence GG, gender may generally not serve as a basis for unequal legal treatment. This holds true also in the case that a provision does not actually aim at an unequal treatment which Art. 3(3) GG prohibits, but primarily pursues other goals (BVerfGE 85, 191 <206>; established case-law). § 21(1) no. 3 in conjunction with § 22(3) PStG treats persons who are neither male nor female unequally and disadvantages them on the basis of their gender insofar as these persons cannot be registered in accordance with their gender, unlike men and women. § 22(3) PStG explicitly only allows for entries in the categories female or male. Under current civil status law, other persons must accept that they are either incorrectly assigned to one of the two above-mentioned genders or have an entry that creates the impression that they have no gender at all.
2. Article 3(3) first sentence GG protects not only men against discrimination based on their male gender and women against discrimination based on their female gender; it also protects persons who do not permanently identify with these two categories against discrimination based on their gender, which is neither exclusively male nor exclusively female [...].

The purpose of Art. 3(3) first sentence GG is to protect persons from being disfavoured that belong to groups structurally prone to being discriminated against (cf. BVerfGE 88, 87 <96> [...]). Persons who identify as neither female nor male are particularly vulnerable in a society primarily organised according to binary gender patterns. The wording of Art. 3(3) first sentence GG readily permits including them in its protection. Art. 3(3) first sentence GG generally refers to “gender” without stipulating any restrictions in that respect; [the reference to “gender”] may thus also mean a gender other than male or female.

There is no systematic contradiction to the requirement of equal rights under Art. 3(2) GG, which only refers to men and women [...]. The wording of Art. 3(3) GG, unlike Art. 3(2) GG, does not refer to men and women, but to gender in general. Above all, Art. 3(2) GG is of distinct relevance and independent of Art. 3(3) first sentence GG, which explains the narrower wording of Art. 3(2) GG. The regulatory content of Art. 3(2) GG exceeds the prohibition of discrimination under Art. 3(3) GG; it sets out the requirement of gender equality and applies it to social reality (BVerfGE 85, 191 <206 and 207>). Since 1994, Art. 3(2) second sentence GG emphasises the actual enforcement of equal rights between the genders.

The legislative history of the provision does not run counter to the assumption that Art. 3(3) first sentence GG includes the prohibition of discrimination based on a further gender, either. While the constitutional legislature (*Verfassungsgeber*) did not have persons of another gender in mind in 1949 when drawing up Art. 3(3) first sentence GG, this does not preclude interpreting the Constitution in such a way that these persons are included in the protection against discrimination, given today’s knowledge of other gender identities.

The decision of the constitution-amending legislature not to include the element of “sexual identity” in Art. 3(3) GG does not run counter to a broad interpretation of the element “gender” – irrespective of differences of meaning between gender identity and sexual identity. Most recently, an insertion of the element of sexual identity was declined not because of concerns linked to the content of the protection of sexual identity against discrimination. Rather, it was argued that this protection had already become a legal reality. Further it was claimed that, according to the case-law of the Federal Constitutional Court,

the protection against discrimination based on sexual identity under Art. 3(1) GG by now corresponds to the protection under Art. 3(3) GG (cf. BTDrucks 17/4775, p. 5).

Moreover, the Court of Justice of the European Union has also defined protection against gender-based discrimination broadly by including discriminations that are linked to a person's gender reassignment (fundamentally ECJ, Judgment of 30 April 1996, P v S and Cornwall County Council, C-13/94, ECR 1996, I-2143, para. 20).

3. The disadvantaging is not justified. As shown above, there is no valid reason for it (see I 3 above).

...omissis...

Austria: Corte costituzionale**Sentenza 4 dicembre 2017, n. 258**

COPPIE DELLO STESSO SESSO – MATRIMONIO RISERVATO ALLE COPPIE DI SESSO OPPOSTO – UNIONE CIVILE RISERVATA ALLE COPPIE DELLO STESSO SESSO – DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE – ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

Considerata l'esistenza in Austria di istituti oramai sostanzialmente simili ma comunque diversi in ragione dell'orientamento sessuale dei contraenti, vanno ritenute incostituzionali per contrasto con il principio di uguaglianza l'art. 44 del c.c. nella parte in cui definisce il matrimonio come un contratto tra due persone di sesso diverso e le rilevanti norme della legge sull'unione civile volte a riservarne l'accesso alle sole coppie omosessuali.

Riferimenti normativi: art. 44 del codice civile; L. federale n. 135 del 2009 sulle unioni civili; L. federale n. 25 del 2015; art. 7 Costituzionale federale austriaca.

IM NAMEN DER REPUBLIK!

...omissis...

in dem von Amts wegen eingeleiteten Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Wortfolge "verschiedenen Geschlechtes" in § 44 des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB), JGS 946/1811, und des Bundesgesetzes über die eingetragene Partnerschaft (Eingetragene Partnerschaft-Gesetz – EPG), BGBl. I 135/2009 idF BGBl. I 25/2015, in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung gemäß Art. 140 B-VG zu Recht erkannt:

- I. 1. Die Wortfolge "verschiedenen Geschlechtes" in § 44 des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB), JGS Nr. 946/1811, und im Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft (Eingetragene Partnerschaft-Gesetz – EPG), BGBl. I Nr. 135/2009 idF BGBl. I Nr. 25/2015, die Wortfolgen "gleichgeschlechtlicher Paare" in § 1, "gleichen Geschlechts" in § 2 sowie die Ziffer 1 des § 5 Abs. 1 werden als verfassungswidrig aufgehoben.
2. Die Aufhebung tritt mit Ablauf des 31. Dezember 2018 in Kraft.
3. Frühere gesetzliche Bestimmungen treten nicht wieder in Kraft.
4. Der Bundeskanzler ist zur unverzüglichen Kundmachung dieser Aussprüche im Bundesgesetzblatt I verpflichtet.
- II. Im Übrigen wird das Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft (Eingetragene Partnerschaft-Gesetz – EPG), BGBl. I Nr. 135/2009 idF BGBl. I Nr. 25/2015, nicht als verfassungswidrig aufgehoben.

Entscheidungsgründe

I. Anlassverfahren, Prüfungsbeschluss und Vorverfahren

1. Die Erst- und Zweitbeschwerdeführerin des zu E 230-231/2016 beim Verfassungsgerichtshof protokollierten, auf Art. 144 B-VG gestützten Beschwerdeverfahrens leben seit dem Jahr 2012 miteinander in eingetragener Partnerschaft und sind die Eltern des – in dieser Beziehung aufwachsenden – minderjährigen Drittbeschwerdeführers in diesem Verfahren. Ihren Anträgen unter anderem auf Zulassung zur Begründung einer Ehe gab der Magistrat der Stadt Wien mit Bescheid vom 25. August 2015, den unter

anderem dagegen erhobenen Beschwerden das Verwaltungsgericht Wien gemäß § 44 des allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB), JGS 946/1811, keine Folge.

2. Bei der Behandlung der gegen diese Entscheidung gerichteten Beschwerde sind im Verfassungsgerichtshof Bedenken ob der Verfassungsmäßigkeit der Wortfolge “verschiedenen Geschlechtes” in § 44 ABGB, JGS 946/1811, und des EPG, BGBl. I 135/2009 idF BGBl. I 25/2015, entstanden. Der Verfassungsgerichtshof hat daher am 12. Oktober 2017 beschlossen, diese Gesetzesbestimmungen von Amts wegen auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen.
3. Zur Zulässigkeit und zum Umfang des Gesetzesprüfungsverfahrens führte der Verfassungsgerichtshof Folgendes aus:

“2. Der Verfassungsgerichtshof geht vorläufig davon aus, dass die Beschwerde zulässig ist, dass das Verwaltungsgericht Wien bei der Erlassung der angefochtenen Entscheidung die in Prüfung gezogene Wortfolge des § 44 ABGB angewendet hat (und es auch nicht denkunmöglich ist, dass diese Bestimmung bei der Entscheidung des Verwaltungsgerichts anzuwenden ist, vgl. VfSlg. 5373/1966, 8318/1978, 8999/1980, 12.677/1991, 16.073/2001, 16.241/2001) und dass daher auch der Verfassungsgerichtshof diese Bestimmung bei seiner Entscheidung über die Beschwerde anzuwenden hätte (vgl. VfSlg. 19.682/2012).

3. Der Verfassungsgerichtshof geht weiters vorläufig davon aus, dass die in der in § 44 ABGB in Prüfung gezogenen Wortfolge zum Ausdruck kommende Voraussetzung der Verschiedengeschlechtlichkeit für den Zugang zur Ehe in einem untrennbaren Zusammenhang mit dem EPG steht, das die Gleichgeschlechtlichkeit in den §§ 1, 2 und 5 Abs. 1 Z 1 EPG für den Zugang zur eingetragenen Partnerschaft zur Voraussetzung hat. Denn würde der Gesetzgeber nur gleichgeschlechtlichen Personen die eingetragene Partnerschaft zugänglich machen, ließe sich daraus schließen, dass die Ehe verschiedengeschlechtlichen Personen vorbehalten sei. Würde der Verfassungsgerichtshof also, sollten die Bedenken zutreffen, nur die Beschränkung des Zugangs zur Ehe für verschiedengeschlechtliche Paare in § 44 ABGB aufheben, wäre weiterhin eine solche aus der spiegelgleichen Zugangsbeschränkung für gleichgeschlechtliche Paare hinsichtlich der eingetragenen Partnerschaft nach den §§ 1, 2 und 5 Abs. 1 Z 1 EPG erschließbar. Für den Fall des Zutreffens der Bedenken dürfte eine Aufhebung des EPG zur Gänze deshalb geboten sein, weil durch eine punktuelle Aufhebung nur der zu der in § 44 ABGB in Prüfung gezogenen spiegelgleichen Zugangsbeschränkung des EPG (also der Wortfolgen ‘gleichgeschlechtlicher Paare’ in § 1 EPG, ‘gleichen Geschlechts’ in § 2 EPG sowie der Ziffer 1 des § 5 Abs. 1 EPG) der verbleibende Gesetzesteil insofern einen völlig veränderten Inhalt bekommen würde (VfSlg. 13.965/1994 mwN, 16.542/2002, 16.911/2003), als verschieden- und gleichgeschlechtliche Paare jeweils eine Ehe oder eine eingetragene Partnerschaft eingehen könnten. Eine allfällige Aufhebung des gesamten EPG dürfte daher – so die vorläufige Ansicht des Verfassungsgerichtshofes – gegenüber einer Aufhebung nur der Wortfolgen ‘gleichgeschlechtlicher Paare’ in § 1 EPG, ‘gleichen Geschlechts’ in § 2 EPG sowie der Ziffer 1 des § 5 Abs. 1 EPG den geringeren Eingriff in die bestehende Rechtslage zur Beseitigung einer allfälligen Verfassungswidrigkeit darstellen. Insoweit dürfte das gesamte EPG mit der in Prüfung gezogenen Wortfolge in § 44 ABGB in einem untrennbaren Zusammenhang stehen. Im Gesetzesprüfungsverfahren wird zu klären sein, ob bei einer allfälligen Aufhebung des gesamten EPG in der Fassung BGBl. I 25/2015 (womit der durch VfSlg. 19.942/2014 aufgehobene, zufolge dieser Kundmachung außer Kraft getretene § 8 Abs. 4 EPG nicht mit in Prüfung gezogen wird, was dem Verfassungsgerichtshof verwehrt ist, vgl. nur VfSlg. 16.819/2003) die in BGBl. I 59/2017 in Bezug auf das EPG getroffenen Anordnungen entweder als ‘sinnentleerter Torso’ in der Rechtsordnung verbleiben oder diese Novellierungsanordnungen wegen Wegfalls des gesamten EPG obsolet würden.”

4. Seine Bedenken, die ihn zur Einleitung des Gesetzesprüfungsverfahrens bestimmt haben, legte der Verfassungsgerichtshof in seinem Prüfungsbeschluss wie folgt dar:

“4.1. Nach § 44 ABGB steht die Ehe nur zwei Personen verschiedenen Geschlechtes offen; für gleichgeschlechtliche Paare ist nach dem EPG die eingetragene Partnerschaft vorgesehen. Dieses Rechtsverständnis setzt das PStG voraus, soweit es an die Ehe oder an die eingetragene Partnerschaft anknüpft (vgl. VwGH 19.9.2013, 2011/01/0150; 29.10.2014, 2013/01/0022; 6.7.2016, Ro 2014/01/0018). Sowohl Ehe als auch eingetragene Partnerschaft sind dabei – entsprechend dem Partnerschaftsprinzip – als umfassende, dauerhafte Lebensgemeinschaft zweier gleichberechtigter Menschen konzipiert, die auf gegenseitigen Beistand sowie Rücksichtnahme angelegt ist (vgl. §§ 44, 89 ff. ABGB einerseits und §§ 2, 8 ff. EPG andererseits). Ehe und eingetragener Partnerschaft ist also gemein, dass sie einen rechtlichen Rahmen für das gleichberechtigte Zusammenleben von Paaren schaffen, indem sie auf Dauer angelegte stabile Verbindungen institutionalisieren (vgl. VfSlg. 19.942/2014).

4.2. Inzwischen hat der Gesetzgeber – teils angestoßen durch Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und des Verfassungsgerichtshofes – die Rechtsstellung von Ehepartnern einerseits und eingetragenen Partnern andererseits in vielen Rechtsbereichen weitgehend angeglichen (zum Wohnrecht siehe §§ 12, 14 und 46 MRG, BGBl. 520/1981 idF BGBl. I 100/2014, iVm § 43 Abs. 1 Z 10 EPG; zum Arbeits- und Sozialversicherungsrecht siehe Mazal, Arbeits- und sozialrechtliche Aspekte der eingetragene Partnerschaft, iFamZ 2010, 99 ff., und zB das 2. Sozialversicherungs-Änderungsgesetz 2013 [2. SVÄG 2013], BGBl. I 139/2013; zum Steuerrecht siehe Hilber, Die eingetragene Partnerschaft im

Steuerrecht, *ecolex* 2010, 288 ff.; zum Gewerberecht siehe § 14 Abs. 3, § 41 Abs. 1 Z 2, § 43, § 65 GewO 1994, BGBl. 194/1994 idF BGBl. I 107/2017; zum Berufsrecht siehe § 5 Abs. 2, § 14 Abs. 2 Z 1 ZTG, BGBl. 156/1994 idF BGBl. I 50/2016; zum Erbrecht siehe §§ 730, 744 ff. und 757 ff. ABGB; zu Änderungen im Ehe- bzw. eingetragene Partnerschaftsrecht im engeren Sinn siehe insbesondere die durch das Deregulierungs- und Anpassungsgesetz 2016 – Inneres, BGBl. I 120/2016, vorgesehenen Änderungen im Namens- und Personenstandsrecht).

4.3. Die jüngere Rechtsentwicklung ermöglicht auch eine gemeinsame Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare: Gleichgeschlechtliche Paare dürfen Kinder (gemeinsam) adoptieren (vgl. insbesondere die §§ 191 und 197 ABGB) und – im Rahmen der zulässigen Formen medizinisch unterstützter Fortpflanzung – zur Welt bringen (vgl. § 2 Abs. 1 iVm Abs. 2 Z 3 Fortpflanzungsmedizingesetz, BGBl. 275/1992 idF BGBl. I 35/2015). Der Möglichkeit gemeinsamer Elternschaft entsprechend sind nach § 43 Abs. 1 Z 27 EPG die gemeinsame Kinder betreffenden ehe- und kindschaftsrechtlichen Bestimmungen, die die Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft sowie die Voraussetzungen und Folgen der Auflösung oder Scheidung der Ehe regeln, nunmehr auch auf eingetragene Partner bzw. deren Kinder anwendbar (vgl. ErläutRV 2403 BlgNR 24. GP, 6).

4.4. Unterschiede zwischen den beiden Rechtsinstituten Ehe und eingetragene Partnerschaft bestehen noch vereinzelt. Beispiele dafür bilden das unterschiedliche Mindestalter für das Eingehen einer Ehe und einer eingetragenen Partnerschaft (Möglichkeit ab 16 Jahren für ehemündig erklärt zu werden nach § 1 Abs. 2 EheG; jedenfalls 18 Jahre nach § 4 Abs. 1 EPG), ferner der Umstand, dass im EPG ein Verlöbnis nicht ausdrücklich vorgesehen ist (anders §§ 45 f. ABGB), und die Möglichkeit der Auflösung der eingetragenen Partnerschaft bei seit drei Jahren aufgehobener häuslicher Gemeinschaft (§ 15 Abs. 3 EPG, statt sechs Jahren bei der Ehe). Einen weiteren Unterschied dürfte der geringere Unterhalt bei unverschuldeter und ungewollter Auflösung der eingetragenen Partnerschaft mangels Übernahme von § 69 Abs. 2 EheG (Ehegattenunterhalt bei Scheidung nach § 55 EheG mit [Verschuldens-]Ausspruch nach § 61 Abs. 3 EheG) darstellen. Anders als in § 90 ABGB ist in § 8 Abs. 2 EPG nicht von einer Verpflichtung zur Treue, sondern von einer Vertrauensbeziehung die Rede (zur Frage, ob sich die beiden Begriffe tatsächlich in ihrer Bedeutung voneinander unterscheiden, vgl. Beclin, Das Eingetragene Partnerschaft-Gesetz im Lichte des Eherechts, EF-Z 2010, 52 [53]).

5.1. Der Gleichheitsgrundsatz bindet auch den Gesetzgeber (s. etwa VfSlg. 13.327/1993, 16.407/2001). Er setzt ihm insofern inhaltliche Schranken, als er verbietet, sachlich nicht begründbare Regelungen zu treffen (vgl. zB VfSlg. 14.039/1995, 16.407/2001). Dabei vermögen nur besonders schwerwiegende Gründe eine gesetzliche Ungleichbehandlung zu rechtfertigen, die an diskriminierungsverdächtigen Merkmalen anknüpft, wie sie in Art. 7 Abs. 1 Satz 2 B-VG (oder auch in Art. 14 EMRK) genannt sind (vgl. VfSlg. 19.942/2014, mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu am Geschlecht und an der sexuellen Orientierung anknüpfenden gesetzlichen Differenzierungen).

5.2. Fraglos ist der Gesetzgeber bei Schaffung des EPG von der Auffassung ausgegangen, dass für verschieden- und gleichgeschlechtliche Paare deswegen unterschiedliche Rechtsinstitute (mit unterschiedlichen Rechtsfolgen für eine Ehe bzw. eingetragene Partnerschaft) bestehen sollten, weil die Ehe – einem bestimmten traditionellen Verständnis folgend (und weil dieser Begriff ‘tief verwurzelten sozialen und kulturellen Konnotationen’ unterliegt, vgl. EGMR, 24.6.2010, Fall Schalk und Kopf, Appl. 30.141/04, Z [62]; VfSlg. 19.492/2011) – (zumindest der Möglichkeit nach) auf die Elternschaft hin ausgerichtet ist und gleichgeschlechtlichen Paaren lange Zeit gerade keine gemeinsame Elternschaft möglich war (vgl. VfSlg. 17.098/2003 sowie VfSlg. 19.492/2011 und 19.682/2012).

Wie die weitere Rechtsentwicklung gezeigt hat, lässt sich diese Differenzierung nicht aufrechterhalten, ohne gleichgeschlechtliche Paare unzulässig im Hinblick auf ihre sexuelle Orientierung zu diskriminieren. So muss auch gleichgeschlechtlichen Paaren – im Wege der Adoption oder zulässigen Formen künstlicher Fortpflanzung – die Elternschaft ermöglicht werden (vgl. VfSlg. 19.942/2014).

Dementsprechend dürfte nach der geltenden Rechtslage auf Grund der dargestellten Entwicklung (vgl. Punkt III.4.2. und III.4.3.) eine weitgehende rechtliche Gleichstellung verschieden- und gleichgeschlechtlicher Paare bestehen. Die Institute der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft dürften einander inhaltlich in ihrer Ausgestaltung gleichen und die Ehepartner bzw. eingetragenen Partner auch in den maßgeblichen Rechtsbereichen weitgehend gleichgestellt sein (vgl. Leb, Ehe, Verlöbnis und eingetragene Partnerschaft, in: Deixler-Hübner [Hrsg.], Handbuch Familienrecht, 2015, 39 [63 ff.]; Deixler-Hübner, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft 12, 2016, 4).

5.3. Der Verfassungsgerichtshof geht vor diesem Hintergrund vorläufig davon aus, dass der Gesetzgeber Ehe und eingetragene Partnerschaft mit der Konsequenz separiert, aber im Wesentlichen gleich regelt, dass damit in vielfältigen Lebenskonstellationen sichtbar zum Ausdruck gebracht wird, dass zwar im Hinblick auf Rechtsbeziehung und Rechtsfolgen Vergleichbares, aber Ungleiches in unterschiedlichen Instituten erfasst wird: Vor dem Hintergrund einer bis in die jüngste Vergangenheit reichenden rechtlichen und gesellschaftlichen Diskriminierung von Personen gleichgeschlechtlicher sexueller Orientierung dürfte das Aufrechterhalten unterschiedlicher Rechtsinstitute, verbunden mit unterschiedlichen Bezeichnungen, für sonst in ihrem Wesen und ihrer Bedeutung für den individuellen Menschen grundsätzlich gleiche Beziehungen in erster Linie einen diskriminatorischen Effekt haben, wie ihn Art. 7 Abs. 1 B-VG als wesentlichsten Inhalt gerade verbietet. Mit dem unterschiedlichen Rechtsinstitut und der unterschiedlichen Bezeichnung dürfte öffentlich und für jede Person deutlich gemacht werden, dass die von der eingetragenen Partnerschaft erfasste personale Beziehung zwischen zwei Personen gleichen Ge-

schlechts etwas anderes – nach früherem Verständnis ‘minderes’ – ist als die Ehe zwischen Personen verschiedenen Geschlechts, obwohl beide Beziehungen intentional von den gleichen Werten getragen sind.

Selbst bei einer von den Voraussetzungen und den Rechtsfolgen her völlig gleichen rechtlichen Ausgestaltung der beiden Rechtsinstitute dürfte die Beibehaltung der unterschiedlichen Bezeichnung zum Ausdruck bringen, dass Personen mit gleichgeschlechtlicher sexueller Orientierung unter dem Blickwinkel des Gleichheitsgrundsatzes eben nicht gleich den Personen mit verschiedengeschlechtlicher Orientierung sind. Dies dürfte sich auf den ersten Blick auch schon darin zeigen, dass durch die unterschiedliche Bezeichnung des Status (‘verheiratet’ versus ‘verpartnert’) Personen in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft auch in Zusammenhängen, in denen die sexuelle Orientierung keinerlei Rolle spielt und spielen darf, diese offenlegen müssen und angesichts der historischen Entwicklung Gefahr laufen, diskriminiert zu werden.“

5. Die Bundesregierung hat keine Äußerung erstattet.
6. Die im Anlassfall beschwerdeführenden Parteien haben als beteiligte Parteien eine Äußerung erstattet, in der sie sich den Bedenken des Verfassungsgerichtshofes anschließen.

II. Rechtslage

1. Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (ABGB), JGS 946/1811 idF BGBl. I 87/2015, lautet auszugsweise (die in Prüfung gezogene Wortfolge gilt idF JGS 946/1811):

“Erster Theil.

Von dem Personen-Rechte.

[...]

Zweytes Hauptstück.

Von dem Eherechte.

Begriff der Ehe,

§ 44. Die Familien-Verhältnisse werden durch den Ehevertrag gegründet. In dem Ehevertrage erklären zwei Personen verschiedenen Geschlechtes gesetzmäßig ihren Willen, in unzertrennlicher Gemeinschaft zu leben, Kinder zu zeugen, sie zu erziehen, und sich gegenseitigen Beystand zu leisten.

[...]

Persönliche Rechtswirkungen der Ehe

§ 89. Die persönlichen Rechte und Pflichten der Ehegatten im Verhältnis zueinander sind, soweit in diesem Hauptstück nicht anderes bestimmt ist, gleich.

§ 90. (1) Die Ehegatten sind einander zur umfassenden ehelichen Lebensgemeinschaft, besonders zum gemeinsamen Wohnen, sowie zur Treue, zur anständigen Begegnung und zum Beistand verpflichtet.

(2) Im Erwerb des anderen hat ein Ehegatte mitzuwirken, soweit ihm dies zumutbar, es nach den Lebensverhältnissen der Ehegatten üblich und nicht anderes vereinbart ist.

(3) Jeder Ehegatte hat dem anderen in der Ausübung der Obsorge für dessen Kinder in angemessener Weise beizustehen. Soweit es die Umstände erfordern, vertritt er ihn auch in den Obsorgeangelegenheiten des täglichen Lebens.

§ 91. (1) Die Ehegatten sollen ihre eheliche Lebensgemeinschaft, besonders die Haushaltsführung, die Erwerbstätigkeit, die Leistung des Beistandes und die Obsorge, unter Rücksichtnahme aufeinander und auf das Wohl der Kinder mit dem Ziel voller Ausgewogenheit ihrer Beiträge einvernehmlich gestalten.

(2) Von einer einvernehmlichen Gestaltung kann ein Ehegatte abgehen, wenn dem nicht ein wichtiges Anliegen des anderen oder der Kinder entgegensteht oder, auch wenn ein solches Anliegen vorliegt, persönliche Gründe des Ehegatten, besonders sein Wunsch nach Aufnahme einer Erwerbstätigkeit, als gewichtiger anzusehen sind. In diesen Fällen haben sich die Ehegatten um ein Einvernehmen über die Neugestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft zu bemühen.“

2. Das Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft (Eingetragene Partnerschaft-Gesetz – EPG), BGBl. I 135/2009 idF BGBl. I 25/2015, lautet auszugsweise:

“1. Abschnitt

Allgemeine Bestimmungen

Geltungsbereich

§ 1. Dieses Bundesgesetz regelt die Begründung, die Wirkungen und die Auflösung der eingetragenen Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (im Folgenden «eingetragene Partnerschaft»).

Wesen der eingetragenen Partnerschaft

§ 2. Eine eingetragene Partnerschaft können nur zwei Personen gleichen Geschlechts begründen (eingetragene Partner). Sie verbinden sich damit zu einer Lebensgemeinschaft auf Dauer mit gegenseitigen Rechten und Pflichten.

[...]

2. Abschnitt

Begründung der eingetragenen Partnerschaft

[...]

Begründungshindernisse

§ 5. (1) Eine eingetragene Partnerschaft darf nicht begründet werden

1. zwischen Personen verschiedenen Geschlechts;

[...]

3. Abschnitt

Wirkungen der eingetragenen Partnerschaft

[...]

Rechte und Pflichten

§ 8. (1) Die persönlichen Rechte und Pflichten der eingetragenen Partner im Verhältnis zueinander sind, soweit in diesem Bundesgesetz nichts anderes bestimmt ist, gleich.

(2) Die eingetragenen Partner sind einander zur umfassenden partnerschaftlichen Lebensgemeinschaft und Vertrauensbeziehung, besonders zum gemeinsamen Wohnen, zur anständigen Begegnung und zum Beistand, verpflichtet.

(3) Die eingetragenen Partner sollen ihre Lebensgemeinschaft unter Rücksichtnahme aufeinander mit dem Ziel voller Ausgewogenheit ihrer Beiträge einvernehmlich gestalten. Von einer einvernehmlichen Gestaltung kann ein eingetragener Partner abgehen, wenn dem nicht ein wichtiges Anliegen des anderen entgegensteht oder, auch wenn ein solches Anliegen vorliegt, persönliche Gründe des einen Partners als gewichtiger anzusehen sind.

[...]

5. Abschnitt

Nichtigkeit der eingetragenen Partnerschaft

§ 19. (1) Eine eingetragene Partnerschaft ist nur in den Fällen nichtig, in denen dies in den folgenden Absätzen bestimmt ist. [...]

(2) Eine eingetragene Partnerschaft ist nichtig, wenn

1.-2. [...]

3. ein eingetragener Partner zur Zeit ihrer Begründung mit einer dritten Person in gültiger Ehe oder in gültiger eingetragener Partnerschaft lebte; [...]."

III. Erwägungen

Zur Zulässigkeit

1. Im Verfahren hat sich nichts ergeben, was an der Präjudizialität bzw. am untrennbaren Zusammenhang der in Prüfung gezogenen Bestimmungen zweifeln ließe. Da auch sonst keine Prozesshindernisse hervorgekommen sind, erweist sich das Gesetzesprüfungsverfahren insgesamt als zulässig.

In der Sache

- 2.1. Nach § 44 ABGB steht die Ehe nur zwei Personen verschiedenen Geschlechts offen; für gleichgeschlechtliche Paare ist nach dem EPG die eingetragene Partnerschaft vorgesehen. Sowohl Ehe als auch eingetragene Partnerschaft sind dabei – entsprechend dem Partnerschaftsprinzip – als umfassende, dauerhafte Lebensgemeinschaft zweier gleichberechtigter Menschen konzipiert, die auf gegenseitigen Beistand sowie Rücksichtnahme angelegt ist (vgl. §§ 44, 89 ff. ABGB einerseits und §§ 2, 8 ff. EPG andererseits). Ehe und eingetragener Partnerschaft ist also gemein, dass sie einen rechtlichen Rahmen für das gleichberechtigte Zusammenleben von Paaren schaffen, indem sie auf Dauer angelegte stabile Verbindungen institutionalisieren (vgl. VfSlg. 19.942/2014). Wie sich aus den Materialien (Erläut. zur RV 485 BlgNR 24. GP, 3) und der Entstehungsgeschichte des EPG (dazu Benke, Zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft 2009: Weder Ehe noch Familie, EF-Z 2010, 19 [19 ff.]; Gröger, Das Eingetragene Partnerschaft-Gesetz (EPG), ÖJZ 2010, 197 [197 f.]) ergibt, entschied sich der Gesetzgeber bei der Schaffung eines rechtlichen Rahmens für das Zusammenleben gleichgeschlechtlicher Paare für ein von der Ehe verschiedenes Modell, um diesen Paaren eine adäquate Rechtsstellung zu verschaffen. Nach ihren Wirkungen sollte die eingetragene Partnerschaft – so die Gesetzesmaterialien wörtlich – keine "Ehe light" oder "Schmalpurehe" darstellen (Erläut. zur RV 485 BlgNR 24. GP, 3). Inzwischen entsprechen Ehe und eingetragene Partnerschaft einander auch sowohl von der Ausgestaltung als auch den Rechtsfolgen her weitgehend – unbeschadet noch vereinzelt bestehender Unterschiede zwischen den beiden Rechtsinstituten (vgl. etwa das unterschiedliche Mindestalter für das Eingehen einer Ehe und einer eingetragenen Partnerschaft nach § 1 Abs. 2 EheG und § 4 Abs. 1 EPG).

Die jüngere Rechtsentwicklung ermöglicht insbesondere eine gemeinsame Elternschaft auch gleichgeschlechtlicher Paare: Gleichgeschlechtliche Paare dürfen Kinder (gemeinsam) adoptieren (vgl. insbesondere die §§ 191 und 197 ABGB) und die zulässigen Formen medizinisch unterstützter Fortpflanzung gleichberechtigt nutzen (vgl. § 2 Abs. 1 iVm Abs. 2 Z 3 Fortpflanzungsmedizingesetz, BGBl. 275/1992 idF BGBl. I 35/2015). Der Möglichkeit gemeinsamer Elternschaft entsprechend sind nach § 43 Abs. 1 Z 27 EPG die gemeinsame Kinder betreffenden ehe- und kindschaftsrechtlichen Bestimmungen, die die Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft sowie die Voraussetzungen und Folgen der Auflösung oder Scheidung der Ehe regeln, nunmehr auch auf eingetragene Partner bzw. deren Kinder anwendbar (vgl. die Erläut. zur RV 2403 BlgNR 24. GP, 6).

- 2.2. Der Gleichheitsgrundsatz bindet auch den Gesetzgeber (s. etwa VfSlg. 13.327/1993, 16.407/2001). Er setzt ihm insofern inhaltliche Schranken, als er Regelungen verbietet, die sachlich nicht begründbare Ungleichheiten vorsehen (vgl. zB VfSlg. 14.039/1995, 16.407/2001). Dabei vermögen nur besonders schwerwiegende Gründe eine gesetzliche Ungleichbehandlung zu rechtfertigen, die an diskriminierungsverdächtigen Merkmalen anknüpft, wie sie in Art. 7 Abs. 1 Satz 2 B-VG enthalten sind (vgl. VfSlg. 19.942/2014, mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu am Geschlecht und an der sexuellen Orientierung anknüpfenden gesetzlichen Differenzierungen).
- 2.3. Bei der Schaffung des EPG hatte der Gesetzgeber zum Ziel, gleichgeschlechtlichen Paaren eine rechtliche Anerkennung ihrer Beziehung zu ermöglichen und so der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Paare entgegenzuwirken. Dass er für verschieden- und gleichgeschlechtliche Paare unterschiedliche Rechtsinstitute geschaffen hat, ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Ehe – einem bestimmten traditionellen Verständnis folgend (und weil dieser Begriff “tief verwurzelten sozialen und kulturellen Konnotationen” unterliegt, vgl. EGMR, 24.6.2010, Fall Schalk und Kopf, Appl. 30.141/04, Z [62]; VfSlg. 19.492/2011) – zumindest der Möglichkeit nach auch auf Elternschaft hin ausgerichtet ist und gleichgeschlechtlichen Paaren lange Zeit gerade keine gemeinsame Elternschaft möglich war (vgl. VfSlg. 17.098/2003 sowie VfSlg. 19.492/2011 und 19.682/2012).
- 2.4. Diese Differenzierung in zwei Rechtsinstitute lässt sich heute nicht aufrechterhalten, ohne gleichgeschlechtliche Paare im Hinblick auf ihre sexuelle Orientierung zu diskriminieren. Indem der Gesetzgeber nach der geltenden Rechtslage Ehe und eingetragene Partnerschaft und folglich auch verschieden- und gleichgeschlechtliche Paare dadurch separiert, dass er für die staatliche Anerkennung ihrer Verbindung verschiedene – wenn auch in den Rechtsfolgen im Wesentlichen gleich gestaltete – Institute vorsieht, kommt in vielfältigen Lebenskonstellationen sichtbar zum Ausdruck, dass zwar eingetragene Partnerschaft und Ehe im Hinblick auf Rechtsbeziehung und Rechtsfolgen vergleichbar sind, diese Institute aber an sich ungleiche Verbindungen erfassen.
- 2.5. Vor dem Hintergrund einer bis in die jüngste Vergangenheit reichenden rechtlichen und gesellschaftlichen Diskriminierung von Personen gleichgeschlechtlicher sexueller Orientierung (dazu VfSlg. 19.492/2011) hat diese Trennung von Beziehungen, die in ihrem Wesen und ihrer Bedeutung für den individuellen Menschen grundsätzlich gleich sind, in unterschiedliche Rechtsinstitute einen diskriminierenden Effekt, wie ihn Art. 7 Abs. 1 Satz 2 B-VG als wesentlichsten Inhalt des Gleichheitsgrundsatzes gerade verbietet. Denn auf diese Weise wird aus der Perspektive gleichgeschlechtlicher Paare mit dem unterschiedlichen Rechtsinstitut öffentlich und für jede Person deutlich gemacht, dass die von der eingetragenen Partnerschaft erfasste Beziehung zwischen zwei Personen gleichen Geschlechts etwas anderes ist als die Ehe zwischen Personen verschiedenen Geschlechts, obwohl beide Beziehungen intentional von den gleichen Werten getragen sind. Die Trennung in zwei Rechtsinstitute bringt somit – auch bei gleicher rechtlicher Ausgestaltung – zum Ausdruck, dass Personen mit gleichgeschlechtlicher sexueller Orientierung nicht gleich den Personen mit verschiedengeschlechtlicher Orientierung sind. Die damit verursachte diskriminierende Wirkung zeigt sich darin, dass durch die unterschiedliche Bezeichnung des Familienstandes (“verheiratet” versus “in eingetragener Partnerschaft lebend”) Personen in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft auch in Zusammenhängen, in denen die sexuelle Orientierung keinerlei Rolle spielt und spielen darf, diese offen legen müssen und, insbesondere auch vor dem historischen Hintergrund, Gefahr laufen, diskriminiert zu werden. Vor solchen Wirkungen will Art. 7 Abs. 1 Satz 2 B-VG in besonderer Weise schützen.
- 2.6. Die gesetzliche Trennung verschiedengeschlechtlicher und gleichgeschlechtlicher Beziehungen in zwei unterschiedliche Rechtsinstitute verstößt damit gegen das Verbot des Gleichheitsgrundsatzes, Menschen auf Grund personaler Merkmale wie hier der sexuellen Orientierung zu diskriminieren.
- 3.1. Der Verfassungsgerichtshof hat den Umfang der zu prüfenden und allenfalls aufzuhebenden Bestimmungen derart abzugrenzen, dass einerseits nicht mehr aus dem Rechtsbestand ausgeschieden wird, als Voraussetzung für den Anlassfall ist, dass aber andererseits der verbleibende Teil keine Veränderung seiner Bedeutung erfährt; da beide Ziele gleichzeitig niemals vollständig erreicht werden können, ist in jedem Einzelfall abzuwägen, ob und inwieweit diesem oder jenem Ziel der Vorrang vor dem

anderen gebührt (VfSlg. 7376/1974, 16.929/2003, 16.989/2003, 17.057/2003, 18.227/2007, 19.166/2010, 19.698/2012).

- 3.2.** Zur Herstellung eines die aufgezeigte Verfassungswidrigkeit beseitigenden Rechtszustandes ist es erforderlich, es genügt aber auch, die Wortfolge “verschiedenen Geschlechtes” in § 44 ABGB und die Wortfolgen “gleichgeschlechtlicher Paare” in § 1 EPG, “gleichen Geschlechts” in § 2 EPG sowie die Ziffer 1 des § 5 Abs. 1 EPG als verfassungswidrig aufzuheben. Denn diese komplementären Zugangsbeschränkungen sind Teil eines gesetzes- bzw. rechtsinstitutsübergreifenden Systems im Partnerschaftsrecht, welches die Ehe verschiedengeschlechtlichen Paaren und die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlichen Paaren vorbehält. Würde nur die eine Zugangsbeschränkung beseitigt, ergäbe sie sich weiterhin aus der anderen (vgl. VfSlg. 19.942/2014). Dass nach der Aufhebung verschieden- wie gleichgeschlechtlichen Paaren jeweils die Wahl zwischen Ehe und eingetragener Partnerschaft offen steht, stellt im Hinblick darauf, dass das EPG im Übrigen damit auch für bestehende eingetragene Partnerschaften als Rechtsrahmen in Geltung bleibt, keinen völlig veränderten Gesetzesinhalt im Sinne der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs dar.

IV. Ergebnis

1. Die Wortfolge “verschiedenen Geschlechtes” in § 44 ABGB, JGS 946/1811, und im EPG, BGBl. I 135/2009 idF BGBl. I 25/2015, die Wortfolgen “gleichgeschlechtlicher Paare” in § 1, “gleichen Geschlechts” in § 2 sowie die Ziffer 1 des § 5 Abs. 1 sind daher wegen Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz als verfassungswidrig aufzuheben.
2. Im Übrigen, nämlich hinsichtlich der darüber hinaus in Prüfung gezogenen Teile des EPG, ist auszusprechen, dass diese nicht als verfassungswidrig aufzuheben sind.
3. Die Bestimmung einer Frist für das Außerkrafttreten der aufgehobenen Gesetzesstellen gründet sich auf Art. 140 Abs. 5 dritter und vierter Satz B-VG.
4. Der Ausspruch, dass frühere gesetzliche Bestimmungen nicht wieder in Kraft treten, beruht auf Art. 140 Abs. 6 erster Satz B-VG.
5. Die Verpflichtung des Bundeskanzlers zur unverzüglichen Kundmachung der Aufhebung und der damit im Zusammenhang stehenden sonstigen Aussprüche erfließt aus Art. 140 Abs. 5 erster Satz B-VG und § 64 Abs. 2 VfGG iVm § 3 Z 3 BGBIG.
6. Diese Entscheidung konnte gemäß § 19 Abs. 4 VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden.

...omissis...

*Corte costituzionale***Sentenza del 22 novembre 2017, n. 272**

MATERNITÀ SURROGATA O GESTAZIONE PER ALTRI – INDICAZIONE DELLA MADRE GENETICA – AZIONE DI DISCONOSCIMENTO PER DIFETTO DI VERIDICITÀ – PRINCIPIO DEL PREMILLENTE INTERESSE DEL MINORE – IMPOSSIBILITÀ DI VALUTAZIONE IN CONCRETO – ILLEGITIMITÀ COSTITUZIONALE – INFONDATEZZA VERITÀ BIOLOGICA E INTERESSE DEL MINORE – NECESSITÀ DI BILANCIAMENTO

È infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 codice civile così come interpretato dal giudice remittente, poichè va escluso che quello dell'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento. Spetta al giudice procedere al bilanciamento tra gli interessi sottesi all'accertamento della verità dello *status* e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore tenendo conto, tra l'altro, della durata del rapporto instauratosi con il minore, delle modalità del concepimento e della gestazione e della presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato.

Riferimenti normativi: art. 8 Cedu; artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, della Costituzione; art. 263 del Codice civile.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: Paolo GROSSI; Giudici : Giorgio LATTANZI, Aldo CAROSI, Marta CARTABIA, Mario Rosario MORELLI, Giancarlo CORAGGIO, Giuliano AMATO, Silvana SCIARRA, Daria de PRETIS, Nicolò ZANON, Augusto Antonio BARBERA, Giulio PROSPERETTI, Giovanni AMOROSO,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 263 del codice civile, promosso dalla Corte d'appello di Milano nel procedimento civile vertente tra A.L. C. ed il curatore speciale di L.F. Z., con ordinanza del 25 luglio 2016, iscritta al n. 273 del registro ordinanze del 2016 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 4, prima serie speciale, dell'anno 2017.

Visti gli atti di costituzione di A.L. C. e del curatore speciale di L.F. Z., nonché l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nella udienza pubblica del 21 novembre 2017 il Giudice relatore Giuliano Amato;

uditi gli avvocati Grazia Ofelia Cesaro, nella qualità di curatore speciale di L.F. Z., e Francesca Maria Zanasi per A.L. C. e l'avvocato dello Stato Chiarina Aiello per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto in fatto

1. Nel corso di un procedimento di impugnazione del riconoscimento di figlio naturale per difetto di veridicità, la Corte d'appello di Milano ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 del codice civile, in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti: CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848.

La disposizione è censurata nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse dello stesso.

2. Il giudizio a quo ha ad oggetto l'appello avverso la sentenza con cui il Tribunale ordinario di Milano – in accoglimento della domanda proposta ai sensi dell'art. 263 cod. civ. dal curatore speciale di un minore, nominato dal Tribunale per i minorenni – ha dichiarato che lo stesso minore non è figlio della donna che lo ha riconosciuto.

La vicenda sottoposta all'esame della Corte d'appello di Milano trae origine dalla trascrizione del certificato di nascita formato all'estero, relativo alla nascita di un bambino, riconosciuto come figlio naturale di una coppia di cittadini italiani, i quali – nell'ambito delle indagini avviate dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni – avrebbero ammesso il ricorso alla surrogazione di maternità, realizzata attraverso ovodonazione.

Il giudice a quo riferisce che, pertanto, su iniziativa della stessa Procura della Repubblica, è stato avviato il procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità, il quale si è concluso con dichiarazione di non luogo a provvedere, avendo i genitori contratto matrimonio ed essendo risultata certa, in base al test eseguito sul DNA, la paternità biologica di colui che ha effettuato il riconoscimento.

Riferisce il giudice rimettente che, su richiesta del pubblico ministero, il Tribunale per i minorenni di Milano ha autorizzato, ai sensi dell'art. 264, secondo comma, cod. civ., l'impugnazione del riconoscimento del figlio naturale effettuato da A.L. C., nominando a tal fine un curatore speciale del minore. In accoglimento di tale impugnazione, il Tribunale ordinario di Milano ha dichiarato che il minore non è figlio di A.L. C., disponendo le conseguenti annotazioni a cura dell'ufficiale di stato civile.

Il giudice a quo riferisce che la decisione di primo grado si è fondata sulla disposizione di cui all'art. 269, terzo comma, cod. civ., e sulla considerazione che, nel caso in esame, il rapporto di filiazione dal lato materno non potrebbe essere dedotto dal contratto per la fecondazione eterologa con maternità surrogata, da ritenersi invalido per contrarietà della legge straniera all'ordine pubblico, ai sensi dell'art. 16 della legge 31 maggio 1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato).

- 2.1 Ciò premesso, la Corte d'appello evidenzia che nel caso in esame l'atto di nascita comprovante la genitorialità del minore è già stato trascritto in Italia e che, pertanto, è estranea al thema decidendum la questione della trascrivibilità in Italia di atti di nascita formati nei paesi che consentono la maternità surrogata. Nel caso in esame, infatti, non è richiesta la trascrizione di uno status filiationis riconosciuto all'estero, bensì la rimozione di uno status già attribuito, in considerazione della sua non veridicità.
- 2.1.1. Quanto al divieto di maternità surrogata previsto dall'art. 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), il giudice a quo ritiene che lo stesso potrebbe porsi in contrasto con i principi costituzionali, laddove riferito ad ipotesi di gestazione "relazionali" o "solidaristiche", non lesive della dignità della donna, né riducibili alla logica di uno scambio mercantile, ma caratterizzate da intenti di pura solidarietà. Tuttavia, osserva il rimettente, anche tale questione risulta estranea alla vicenda in esame, in quanto la surrogazione di maternità è avvenuta al di fuori di un contesto relazionale e non sarebbe ravvisabile una condizione di libertà della donna che ha portato a termine la gravidanza.
- 2.2. La Corte d'appello prospetta, invece, una diversa questione di legittimità costituzionale, che pone al centro l'interesse del bambino, nato a seguito di surrogazione di maternità realizzata all'estero, a vedersi riconosciuto e mantenuto uno stato di filiazione quanto più rispondente alle sue esigenze di vita.

Il dubbio di costituzionalità sollevato dal rimettente attiene, in particolare, all'art. 263 cod. civ., nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità possa essere accolta solo laddove sia ritenuta rispondente all'interesse del minore.
- 2.2.1. Rammenta il giudice a quo che la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 cod. civ. è già stata ritenuta non fondata dalla sentenza n. 112 del 1997, sull'assunto che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità sia ispirata al «principio di ordine superiore che ogni falsa apparenza di stato deve cadere». In quella occasione, asserisce il rimettente, la Corte ha individuato nella verità del rapporto di filiazione un valore necessariamente da tutelare, con la precisazione che la finalità perseguita dal legislatore consisterebbe proprio nell'attuazione del diritto del minore all'acquisizione di uno stato

corrispondente alla realtà biologica. Analoghi principi sarebbero stati ribaditi dalle sentenze n. 170 del 1999 e n. 216 del 1997, nonché dall'ordinanza n. 7 del 2012.

Alla stregua di tali rilievi, il giudice a quo esclude soluzioni ermeneutiche che consentano di considerare, nella cornice dell'art. 263 cod. civ., la specifica situazione del minore al fine di privilegiare una soluzione che realizzi il suo concreto ed effettivo interesse. La mancanza di un riferimento normativo all'interesse del minore, nel richiamato indirizzo interpretativo da considerare quale "diritto vivente", si porrebbe in contrasto con i principi di particolare tutela che la Costituzione e la CEDU assicurano ai minori.

- 2.3.** La questione avrebbe incidenza attuale nel giudizio di impugnazione promosso dal curatore speciale ai sensi dell'art. 263 cod. civ.

Infatti, nel caso in esame, le norme inderogabili che definiscono e disciplinano la genitorialità, ed in particolare la maternità, non consentirebbero a madre e figlio di vedersi riconosciuto tale legame giuridico, se non per il tramite dell'adozione in casi particolari, nel presupposto che l'interesse del minore, di cui lo stesso curatore è portatore, debba identificarsi nel favor veritatis.

Viceversa, ove fosse consentita una valutazione in concreto dell'interesse del minore, non coincidente col favor veritatis, esso potrebbe essere misurato anche alla stregua di altri profili, riguardanti le particolari modalità della nascita, la possibilità di altro legame giuridico, certo e ugualmente tutelante, con la madre intenzionale, e tutte le circostanze, anche relative al rapporto con la madre intenzionale, emerse nella fattispecie in esame.

- 2.4.** Il giudice rimettente richiama i principi enunciati dalla Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176; dalla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva con legge 20 marzo 2003, n. 77; dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, che all'art. 24, secondo comma, sancisce il principio della necessaria preminenza dell'interesse del minore.

Dovrebbero considerarsi, inoltre, le Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore, adottate il 17 novembre 2010, nella 1098^a riunione dei delegati dei ministri. Il riferimento, ivi contenuto, al superiore interesse del minore andrebbe inteso come ricerca di una soluzione che garantisca l'effettiva attuazione, non di un interesse astratto e preconcepito, bensì del best interest, cioè dell'interesse concreto di "quel" minore che, nel singolo caso sottoposto a valutazione, è destinatario di un provvedimento.

La Corte d'appello osserva che anche la recente giurisprudenza di merito attribuisce rilievo al concreto interesse del minore in tema di relazioni familiari. In particolare, sono richiamate quelle pronunce che hanno ammesso la trascrizione nei registri dello stato civile di atti stranieri attributivi della genitorialità alla madre intenzionale, a seguito di accordi di maternità surrogata (Corte d'appello di Bari, sentenza 13 febbraio 2009) o di un atto di nascita, formato all'estero, del figlio di una coppia di donne, nato con donazione del gamete maschile e trasferimento dell'ovulo di una delle due all'altra, che ha portato a termine la gravidanza (Corte d'appello di Torino, decreto 29 ottobre 2014). Sono, altresì, richiamate quelle decisioni che hanno riconosciuto la possibilità di adozione del figlio del partner di coppia dello stesso sesso, ai sensi dell'art. 44 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia). Inoltre, è richiamata la sentenza della Corte di cassazione, sezione prima civile, 11 gennaio 2013, n. 601, che ha escluso che il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale pregiudichi l'equilibrato sviluppo del bambino.

Il giudice a quo sottolinea, inoltre, che nella sentenza n. 31 del 2012 questa Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 569 del codice penale, nella parte in cui prevedeva che, alla condanna dei genitori per il delitto di alterazione di stato, conseguisse in via automatica la perdita della potestà genitoriale, precludendo così al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore.

Alla luce dei principi desumibili dalla normativa sovranazionale e nazionale e degli approdi giurisprudenziali, europei e interni, nonché delle possibilità offerte dalle nuove tecnologie in tema di procreazione assistita, il giudice a quo sollecita una rinnovata riflessione sul tema della coincidenza tra favor veritatis e favor minoris.

Il dubbio di legittimità costituzionale ha ad oggetto l'art. 263 cod. civ., nella parte in cui non consente di valutare il concreto interesse del minore a mantenere l'identità relazionale e lo status di una riconosciuta filiazione materna, impedendo, così, che tale interesse possa essere realizzato con l'ampiezza di tutele riconosciute da plurimi principi costituzionali.

- 2.5.** In primo luogo, è denunciata la violazione dell'art. 2 Cost., per la natura inviolabile del diritto del minore a non vedersi privato del nome, dell'identità personale e della stessa possibilità di avere una madre, mantenendo lo status filiationis nei confronti di colei che abbia effettuato il riconoscimento.

In secondo luogo, la disposizione in esame contrasterebbe con l'art. 30 Cost., che riconosce e promuove, sia pure in via sussidiaria, accanto alla genitorialità biologica, una genitorialità sociale, fondata sul consenso e indipendente dal dato genetico. Di essa, in alcune situazioni problematiche, l'interesse

del minore potrebbe giovargli. Il riconoscimento della genitorialità sociale si accompagnerebbe, infatti, alle garanzie offerte al figlio dall'assunzione di responsabilità nei suoi confronti. La questione di legittimità costituzionale è sollevata anche in riferimento all'art. 31 Cost., che, con disposizione riassuntiva e generale, completa il quadro delle garanzie costituzionali dei rapporti familiari e dell'infanzia.

L'impossibilità di valutare, in concreto, un interesse, che potrebbe non coincidere col *favor veritatis*, si porrebbe altresì in contrasto con il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., soprattutto alla luce dell'art. 9 della legge n. 40 del 2004 che, ancor prima della sentenza di questa Corte n. 162 del 2014, aveva comunque assicurato al bambino – nato attraverso fecondazione assistita di tipo eterologo – lo stato di figlio del coniuge o del convivente della donna che lo aveva partorito.

A questo riguardo, il giudice a quo evidenzia che, nel nuovo assetto conseguente all'eliminazione del divieto di fecondazione eterologa, essendo esclusa la possibilità che il coniuge o il convivente del genitore naturale possano, rispettivamente, disconoscere la paternità del bambino, ovvero impugnare il relativo riconoscimento, sarebbe dubbia la legittimazione in capo al figlio in ordine alle azioni indicate. Infatti, un eventuale accertamento negativo della paternità legale non potrebbe comunque costituire la premessa per un successivo accertamento positivo della paternità biologica, stante la regola di cui all'art. 9, comma 3, della legge n. 40 del 2004.

In ogni caso, nell'impossibilità di valutare in concreto l'interesse del minore, lo status del bambino nato da surrogazione di maternità potrebbe risultare irragionevolmente diverso e sfavorevole rispetto a quello assicurato al minore nato attraverso il ricorso alla fecondazione eterologa.

La Corte d'appello dubita della legittimità costituzionale dell'art. 263 cod. civ., anche con riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 della CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, in situazioni riconducibili alla maternità surrogata.

Sono richiamate, in particolare, le sentenze della Corte EDU del 26 giugno 2014 rese nei casi *Menesson contro Francia* e *Labassee contro Francia* (ricorsi n. 65192 del 2011 e n. 65941 del 2011), nelle quali è stata affrontata la questione del rifiuto di riconoscere, in Francia, rapporti genitoriali stabiliti all'estero tra minori nati da maternità surrogata e le coppie che vi avevano fatto ricorso. In queste pronunce, la Corte di Strasburgo ha ritenuto violato l'art. 8 della CEDU con riferimento al diritto dei minori al rispetto della propria vita privata, quale diritto di ciascuno su ogni profilo della propria identità di essere umano.

Ad avviso del giudice a quo, da tali sentenze discenderebbe per gli Stati contraenti l'obbligo positivo di tutelare l'identità personale del minore nato attraverso surrogazione di maternità, anche a prescindere dal legame biologico con i genitori intenzionali. Gli Stati membri del Consiglio d'Europa, se possono scoraggiare o vietare il ricorso alla maternità surrogata, non potrebbero, viceversa, rifiutare la trascrizione di un atto di nascita che assicura al minore il rispetto della sua vita privata, rispondendo tale trascrizione al suo *best interest*.

In questo senso si porrebbe anche la sentenza della Corte EDU del 27 gennaio 2015, resa nel caso *Paradiso e Campanelli contro Italia* (ricorso n. 25358 del 2012). In un caso di maternità surrogata caratterizzato dall'assenza di legame biologico del minore con i genitori intenzionali, la Corte di Strasburgo ha ravvisato la violazione dell'art. 8 della CEDU nei provvedimenti relativi all'allontanamento del minore. La nozione di "vita familiare", tutelabile ai sensi dell'art. 8 della CEDU, sarebbe estensibile alla relazione tra i genitori d'intenzione e il minore, ancorché costituita illegalmente secondo l'ordinamento nazionale. In questo modo, ad avviso del giudice a quo, la Corte di Strasburgo avrebbe svincolato la nozione giuridica di "vita familiare" dall'indeffettibilità del legame genetico, ritenendola comprensiva di relazioni di fatto, la cui tutela corrisponde al preminente interesse del minore.

- 2.6.** Dopo avere ribadito che la questione in esame non concerne la liceità della pratica della surrogazione, ma i diritti del bambino nato attraverso tale pratica, il rimettente deduce che non vi sarebbe contrasto, rispetto all'ordine pubblico, del concreto interesse del minore. In particolare, tale contrasto non sarebbe ricavabile dal divieto di maternità surrogata di cui all'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, dovendosi avere riguardo all'ordine pubblico internazionale, in cui rileva l'esistenza di paesi, anche in Europa, che consentono il ricorso alla surrogazione di maternità.

Il concetto di ordine pubblico dovrebbe essere perciò declinato con riferimento all'interesse del minore, secondo un principio ricavabile anche dal regolamento CE n. 2201/2003 del 27 novembre 2003 (Regolamento del Consiglio relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale). Tale regolamento, all'art. 23, prevede che, con riferimento alle decisioni relative alla responsabilità genitoriale, la valutazione della non contrarietà all'ordine pubblico debba essere effettuata tenendo conto del superiore interesse del figlio.

- 2.7.** Il giudice a quo ritiene che il dubbio di legittimità costituzionale non possa essere superato neppure dalla considerazione del diritto del figlio a conoscere le proprie origini. Tale diritto si realizzerebbe, infatti, su un piano diverso da quello dell'impugnazione di cui all'art. 263 cod. civ., a meno di non voler attribuire all'accertamento della non veridicità del riconoscimento la funzione di comunicazione della non-nascita dalla madre, in una logica latamente sanzionatoria della condotta genitoriale. Ciò andrebbe

comunque a detrimento dell'interesse del minore al mantenimento di un rapporto giuridico corrispondente alla effettività della relazione con la persona che ha formulato il progetto familiare e che, dalla nascita del bambino, ne è madre.

3. Nel giudizio dinanzi a questa Corte si è costituita A.L. C., parte appellante nel giudizio principale, chiedendo l'accoglimento della questione sollevata dal giudice a quo.
- 3.1. Dopo avere ripercorso le argomentazioni del giudice rimettente, la parte richiama i principi affermati nelle sentenze n. 158 del 1991, n. 112 del 1997 e n. 170 del 1999 ed osserva che, alla luce del mutato quadro giurisprudenziale e dell'evoluzione scientifica e tecnologica, che ha progressivamente ampliato le possibilità procreative delle coppie, si imporrebbe una nuova valutazione della legittimità costituzionale dell'art. 263 cod. civ. Si dovrebbe ritenere ormai superato il principio della necessaria preservazione del legame di filiazione veridico quale unico presupposto di tutela dell'interesse del minore.

Sono richiamate, in particolare, la sentenza n. 162 del 2014, in materia di fecondazione eterologa, e le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di surrogazione di maternità. In queste pronunce la tutela del superiore interesse del minore non sarebbe più inscindibilmente connessa alla veridicità del rapporto di filiazione, in quanto biologicamente determinato, bensì alla conservazione del rapporto di filiazione "sociale", ovvero "intenzionale", imperniato sull'assunzione della responsabilità genitoriale.

La parte evidenzia che, in tema di disconoscimento di paternità del bambino nato da procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, la Corte di cassazione, sin da epoca precedente alla legge n. 40 del 2004, si era già espressa nel senso che il favor veritatis abbia «una priorità non assoluta, ma relativa» (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 16 marzo 1999, n. 2315).

Occorrerebbe, dunque, una valutazione individualizzata dell'interesse del minore ed il superamento, sulla scorta del mutato contesto sociale e giurisprudenziale, dell'impostazione che ritiene salvaguardato tale interesse solo in presenza di un legame di filiazione veridico.

- 3.2. Riguardo alla violazione dell'art. 2 Cost., la difesa della parte condivide i rilievi del giudice rimettente, richiamando in proposito la giurisprudenza costituzionale e di legittimità in materia di diritto all'identità personale quale diritto inviolabile della persona umana, strettamente connesso al diritto di conservare il proprio status filiationis. La disposizione censurata sarebbe, altresì, lesiva del diritto al nome del minore, anch'esso protetto a norma dell'art. 2 Cost.
- 3.3. L'art. 263 cod. civ. si porrebbe, inoltre, in contrasto con l'art. 3 Cost., per la condizione deteriore in cui si trova il bambino nato da maternità surrogata rispetto a quello nato attraverso fecondazione assistita di tipo eterologo. Solo in questo secondo caso, infatti, in presenza di donazione dei gameti, è preclusa al coniuge e al convivente del genitore naturale la proposizione dell'azione di disconoscimento e, rispettivamente, dell'impugnazione del riconoscimento. Tuttavia, anche con riferimento al bambino nato da maternità surrogata si porrebbe l'analoga esigenza di assicurare protezione al diritto costituzionale all'identità personale, nelle forme del diritto al nome e alla conservazione del proprio status filiationis.
- 3.3.1. La norma sarebbe irragionevole anche per l'automatismo decisorio che si determinerebbe in caso di difetto di veridicità. Sia pure pronunciando su questioni di tipo diverso, la giurisprudenza costituzionale avrebbe chiarito come siffatti automatismi possono tradursi in un'irragionevole lesione dell'interesse del minore, in quanto preclusivi di uno scrutinio individualizzato, caso per caso, da parte del giudice.

In particolare, in tema di adozione, tali principi hanno portato a ritenere irragionevoli – perché non rispondenti all'interesse del minore – le norme che stabilivano limiti rigidi di età tra adottanti e adottato (sono richiamate le sentenze n. 140 [recte: 44] del 1990, n. 148 del 1992, n. 303 del 1996 e n. 283 del 1999).

Afferma la parte che, allo stesso modo, è stata ritenuta irragionevole l'applicazione automatica della pena accessoria della perdita di potestà genitoriale, a seguito della commissione del reato di cui all'art. 567 cod. pen., prevista dall'art. 569 cod. pen., che precludeva ogni possibilità di valutazione e bilanciamento tra l'interesse del minore e l'applicazione della pena accessoria, in ragione della natura e delle caratteristiche dell'episodio criminoso (sentenza n. 31 del 2012). Analogamente, l'art. 569 cod. pen. è stato censurato nella parte in cui stabiliva che, alla condanna pronunciata per il delitto di cui all'art. 566, secondo comma, cod. pen., conseguisse di diritto la perdita della potestà genitoriale, così precludendo ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto (sentenza n. 7 del 2013).

È richiamata, inoltre, la pronuncia con cui questa Corte ha censurato l'art. 4-bis, primo comma, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui includeva nel divieto di concessione dei benefici penitenziari anche la detenzione domiciliare speciale, prevista per le madri con prole di età non superiore a dieci anni (sentenza n. 239 del 2014). Anche in questo caso, non era consentita una valutazione caso per caso della pericolosità della madre detenuta, al fine di tenere conto del superiore interesse del minore.

Da ultimo, la difesa della parte richiama le pronunce che hanno censurato l'irragionevole rigidità della disposizione che negava al medico una valutazione del caso concreto sottoposto a trattamento

medico, da effettuarsi sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche (sentenza n. 151 del 2009).

Ad avviso della parte, anche in relazione all'art. 263 cod. civ. sarebbe ravvisabile un automatismo, consistente nell'accoglimento dell'impugnazione del riconoscimento ogniqualvolta sussista un difetto di veridicità. Anche a questa previsione sarebbe sottesa una presunzione assoluta, in base alla quale l'interesse del minore sarebbe adeguatamente tutelato soltanto quando venga assicurata la veridicità del legame di filiazione. Per eliminare tale irragionevolezza, dovrebbe essere consentita al giudice la valutazione degli effetti dell'accoglimento dell'impugnazione in relazione all'interesse del minore, in considerazione delle circostanze del caso concreto.

- 3.4.** Con riferimento alla violazione degli artt. 30 e 31 Cost., la difesa della parte privata, richiamandosi ai principi affermati nella sentenza n. 162 del 2014, sottolinea il valore da attribuire alla genitorialità sociale, dovendo riconoscersi tutela, anche di livello costituzionale, a nuclei familiari in cui difetti una corrispondenza biunivoca tra il dato biologico e quello sociale.

Lo stesso legislatore, con la legge 10 dicembre 2012, n. 219 (Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali), avrebbe già fatto propria una nozione di responsabilità genitoriale improntata sul consenso liberamente assunto dai genitori nei confronti del figlio. In quanto finalizzata ad assicurare adeguata protezione all'interesse del minore, tale responsabilità dovrebbe prescindere dalla caratterizzazione biologica o sociale del rapporto di parentela.

Al riguardo, la parte richiama la giurisprudenza di merito e di legittimità in tema di adozione da parte del single e della coppia omosessuale (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenze 11 gennaio 2013, n. 601, e 22 giugno 2016, n. 12962; Corte d'appello di Torino, sentenza 27 maggio 2016); in materia di trascrizione di atti di nascita formati all'estero, dai quali risulti che il bambino è figlio di una coppia composta da persone dello stesso sesso (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 30 settembre 2016, n. 19599), ovvero è nato a seguito di maternità surrogata (Corte d'appello di Milano, decreto 28 dicembre 2016); nonché in tema di adozione, da parte del genitore sociale, del figlio biologico del proprio compagno, nato a seguito di surrogazione di maternità (Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza 23 dicembre 2015).

- 3.5.** Da ultimo, quanto alla violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in riferimento all'art. 8 della CEDU, la difesa della parte evidenzia che nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo si rinviene l'affermazione della necessità di assicurare preminenza, nel bilanciamento tra interessi contrapposti, al superiore interesse del minore, attraverso uno scrutinio che poggi sulle circostanze del caso concreto. In tal senso, oltre alle già citate sentenze del 26 giugno 2014 rese nei casi *Mennesson e Labassee* contro Francia, è richiamata la sentenza della Grande camera del 6 luglio 2010, resa nel caso *Neulinger e Shuruk* contro Svizzera (ricorso n. 41615 del 2007), in cui la Corte ha ravvisato nell'omessa trascrizione del certificato di nascita formato all'estero la lesione del superiore interesse del bambino nato da surrogazione di maternità.

Ad avviso della parte, la prospettiva si dovrebbe spostare dalla valutazione della situazione giuridica della coppia a quella del minore, meritevole di autonoma considerazione indipendentemente dalle condotte realizzate dai genitori, siano essi biologici, sociali o intenzionali.

- 3.5.1.** A conclusioni analoghe sarebbe inizialmente pervenuta la Corte EDU nella sentenza resa nel caso *Paradiso e Campanelli* contro Italia, sopra già citata. In tale pronuncia, la Corte di Strasburgo ha affermato il carattere recessivo delle esigenze di ordine pubblico rispetto alla necessaria salvaguardia del superiore interesse del minore, ravvisando nel caso concreto la violazione del suo diritto alla vita privata e familiare, in ragione dell'allontanamento dalla famiglia di origine.

Pertanto, successivamente all'ordinanza di rimessione, è intervenuta la sentenza del 24 gennaio 2017 della Grande camera, la quale, nel riesaminare la decisione del 27 gennaio 2015, ha escluso la violazione dell'art. 8 della CEDU. In questa occasione, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che le misure adottate dalle autorità italiane, che avevano disposto l'allontanamento del minore dalla coppia ricorrente e il suo collocamento presso un diverso nucleo familiare, non abbiano arrecato allo stesso minore un pregiudizio grave o irreparabile a causa della separazione, garantendo un giusto equilibrio tra i diversi interessi in gioco.

Ad avviso della parte, anche questa pronuncia confermerebbe la necessità di salvaguardare il superiore interesse del minore attraverso una valutazione individualizzata, avente ad oggetto le circostanze del caso concreto. In questo caso veniva in rilievo la conformità alla CEDU dell'allontanamento del minore dalla coppia ricorrente, con cui egli non intratteneva alcun legame biologico. Viceversa, osserva la parte privata, la pronuncia non atterrebbe né al rifiuto di trascrivere un certificato di nascita formato all'estero, né al diritto del minore a ottenere il riconoscimento del rapporto di filiazione con la coppia, ciò che invece riveste rilievo centrale nella questione in esame.

Pertanto, resterebbero fermi i dubbi di non conformità della disposizione censurata rispetto all'art. 8 della CEDU. Essa precluderebbe, infatti, la valutazione individualizzata delle circostanze del caso e impedirebbe, altresì, di dare concretezza all'esigenza di tutela dell'interesse del minore.

3.5.2. Più in generale, l'art. 263 cod. civ. sarebbe in contrasto con il quadro internazionale di tutela dei diritti dei minori e, in particolare, con gli artt. 3 e 8, paragrafo 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo. Nella stessa direzione si porrebbe anche l'azione del Consiglio d'Europa, con le Linee guida per una giustizia a misura di minore, cui si affianca la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli. Si evidenzia, altresì, che la tutela del superiore interesse del minore è riconosciuta dall'art. 24, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

4. Con atto depositato in data 10 febbraio 2017 si è costituita in giudizio l'avvocato Grazia Ofelia Cesaro, nella qualità di curatore speciale del minore L.F. Z., rappresentato e difeso dalla detta professionista, e ha chiesto l'accoglimento della questione sollevata dalla Corte d'appello di Milano.

4.1. Il curatore premette che l'azione dallo stesso proposta ai sensi dell'art. 263 cod. civ. è derivata dall'acquisizione della prova, nel corso del procedimento di adottabilità, che il figlio minore non è un discendente biologico di colei che lo ha riconosciuto. Il Tribunale per i minorenni ha pertanto provveduto alla nomina del curatore, conferendogli uno specifico mandato ad impugnare il riconoscimento.

Il curatore evidenzia, in particolare, che sebbene gli accertamenti svolti dal Tribunale per i minorenni avessero confermato l'interesse del figlio minore a mantenere il legame familiare con la madre sociale (oltre che con il padre), tuttavia le norme che disciplinano la genitorialità non consentirebbero a madre e figlio di vedersi riconosciuto tale legame giuridico, laddove esso non corrisponda alla verità biologica.

L'art. 263 cod. civ., infatti, contempla quale unico presupposto necessario e sufficiente per l'impugnazione del riconoscimento il difetto di veridicità, inteso come assenza di un legame biologico tra l'autore del riconoscimento e colui che è riconosciuto come figlio. Ciò precluderebbe al giudice ogni possibilità di valutazione e bilanciamento degli interessi coinvolti, in quanto l'inesistenza di tale legame biologico costituirebbe l'unica condizione per l'accoglimento dell'azione.

Osserva il curatore che l'interesse del minore alla salvaguardia del proprio legame con la madre (ed indirettamente con la famiglia d'origine materna) potrebbe, in ipotesi, essere preservato solo mediante lo strumento di cui all'art. 44 della legge n. 184 del 1983, previa rimozione dell'attuale status filiationis per parte di madre. Tale possibilità sarebbe, tuttavia, del tutto aleatoria, non solo perchè dipendente dalla libera iniziativa del genitore sociale, ma anche perchè subordinata al consenso dell'altro genitore. Inoltre, l'eventuale legame così costituito sarebbe comunque più debole di quello derivante dalla maternità naturale, attese le peculiarità proprie dell'adozione in casi particolari.

Rispetto all'interpretazione offerta dalla precedente sentenza n. 112 del 1997, sarebbe oggi necessario un riesame della questione, per riscontrare se, nell'attuale momento storico-sociale e nell'attuale panorama normativo e giurisprudenziale, sussista ancora la necessità di individuare nella verità del rapporto di filiazione un valore preminente, da tutelare in via prioritaria.

4.1.1. In primo luogo, ad avviso del curatore, il principio secondo cui ogni falsa apparenza di stato deve cadere, così come il principio del favor veritatis, non assurgerebbero a valori costituzionalmente garantiti. L'art. 30 Cost. non avrebbe attribuito, infatti, un valore preminente alla verità biologica rispetto a quella legale. Al contrario, nel disporre, al quarto comma, che «[l]a legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità», la Costituzione avrebbe demandato al legislatore il potere di privilegiare la paternità legale rispetto a quella naturale, fissando le condizioni e le modalità per far valere quest'ultima ed affidandogli la valutazione della soluzione più idonea per realizzare la coincidenza tra la discendenza naturale e quella biologica.

L'interesse pubblico alla verità dello status di filiazione, dunque, non dovrebbe necessariamente ed automaticamente prevalere sull'interesse del minore. Anche la normativa interna ed internazionale, oltre ad avere posto il minore al centro dei procedimenti promossi a sua tutela, avrebbe altresì prescritto l'obbligo di verificare l'interesse del minore, affinché lo stesso possa essere oggetto di bilanciamento con gli altri interessi meritevoli di tutela.

In particolare, nella mutata coscienza sociale, tra gli interessi giuridici del minore rileverebbero l'interesse alla stabilità dei legami familiari e quello a vivere e crescere all'interno della propria famiglia. In tal senso, sia la legge n. 219 del 2012, sia il decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 (Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219), avrebbero introdotto nuovi termini di decadenza ed imposto limiti più stringenti al potere dei genitori di agire per il disconoscimento del figlio, così come per l'impugnazione del riconoscimento, per l'acquisita consapevolezza che la tutela dell'identità e della vita personale e familiare del minore non sempre coinciderebbe con la rimozione di uno status personale non conforme alle origini biologiche.

Le modifiche legislative avrebbero posto al centro del rapporto di filiazione il concetto di responsabilità genitoriale, ridisegnando la disciplina delle azioni di disconoscimento di paternità e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, nella prospettiva della prevalenza dell'interesse del figlio alla stabilità del rapporto. D'altra parte, anche la giurisprudenza di legittimità avrebbe riconosciuto il rilievo delle relazioni consolidate nel tempo tra genitore e figlio, alla luce del diritto di quest'ultimo a

conservare tale profilo che caratterizza fin dalla nascita l'identità personale (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 22 giugno 2016, n. 12962).

Il curatore evidenzia, inoltre, che la più recente giurisprudenza di merito ha esteso la portata applicativa dell'art. 9 della legge n. 40 del 2004, dichiarando l'illegittimità dell'azione di impugnazione del riconoscimento intrapresa da terzi nei confronti di un figlio minore nato da fecondazione eterologa, così estendendo «a chiunque vi abbia interesse» il divieto di disconoscimento previsto solo nei confronti dell'autore del riconoscimento (Corte d'appello di Milano, sentenza 10 agosto 2015, n. 3397). Alla luce di tale evoluzione giurisprudenziale, che attenua il principio della prevalenza della verità biologica, andrebbe escluso pertanto che il favor veritatis costituisca valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da affermarsi comunque.

L'intervento correttivo auspicato si porrebbe in linea di continuità con la giurisprudenza costituzionale che ha ritenuto illegittimo ogni automatismo legislativo che impedisca di bilanciare gli interessi tutelati con il preminente interesse del minore (è richiamata la sentenza n. 31 del 2012). La necessità di tale bilanciamento sarebbe stata riconosciuta anche dalle sezioni unite civili della Corte di cassazione, nella sentenza del 25 gennaio 2017, n. 1946, che ha fatto seguito alla sentenza n. 278 del 2013 di questa Corte, in cui sarebbe stato affermato il diritto del figlio di accedere alle informazioni sulla madre che si fosse avvalsa della facoltà di non essere nominata.

- 4.1.2.** Anche a livello europeo, si dovrebbe constatare la progressiva perdita di rilievo della verità di sangue e l'emersione del rapporto affettivo della filiazione, quale elemento fondamentale per il riconoscimento dei legami tra genitori e figli sul piano del diritto; sono richiamate le sentenze della Corte di Strasburgo 27 aprile 2010, Moretti e Benedetti contro Italia (ricorso 16318 del 2007), e 1° aprile 2010, S.H. ed altri contro Austria (ricorso n. 57813 del 2000).

Inoltre, la legge 19 ottobre 2015, n. 173 (Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affidamento familiare) farebbe propri i principi enunciati dalla giurisprudenza della Corte EDU, agevolando l'attribuzione di rilievo giuridico al rapporto di fatto instaurato tra i minori dichiarati adottabili e la famiglia affidataria.

L'interesse alla costituzione e alla conservazione dei legami familiari, non necessariamente coincidente con la verità delle origini biologiche, sarebbe riconosciuto quale criterio di valutazione centrale e riguarderebbe ormai anche i soggetti maggiorenni. Al riguardo, è richiamata l'ordinanza del Tribunale di Firenze 30 luglio 2015 che ha rigettato un'istanza di accertamento della non corrispondenza del DNA del presunto padre defunto con quello della figlia maggiorenne, al fine di proporre l'azione di cui all'art. 263 cod. civ.

Ed invero, la tendenza a far prevalere i valori costituzionali di solidarietà e di tutela dell'individuo e della vita familiare sarebbe ravvisabile in ogni settore del diritto di famiglia. È richiamata, al riguardo, la sentenza della Corte di cassazione, sezione prima civile, 21 aprile 2015, n. 8097, con cui è stata ritenuta invalida l'annotazione di cessazione degli effetti civili del matrimonio, rispetto ad una coppia in cui uno dei coniugi aveva ottenuto, con il consenso dell'altro, la rettificazione di sesso.

- 4.2.** Sulla base di tali considerazioni, dunque, il curatore ritiene fondati gli argomenti svolti dall'ordinanza di rimessione.
- 4.2.1.** Riguardo al contrasto con l'art. 2 Cost., il curatore sottolinea come l'esigenza di tutelare il diritto del figlio minore alla propria identità sia stata affermata sin dalla sentenza n. 112 del 1997. In tale pronuncia sarebbe stata esclusa una contrapposizione tra il favor veritatis ed il favor minoris, intendendo così far coincidere l'identità del minore con la sola discendenza genetica dello stesso. Si tratterebbe, tuttavia, di un'interpretazione oltremodo restrittiva ed impropria del concetto di identità personale, non più conforme all'attuale coscienza sociale.

L'identità personale, infatti, sarebbe un concetto dinamico, non cristallizzato al momento del concepimento. Essa si svilupperebbe nel tempo, per effetto delle relazioni create con il mondo esterno, del nome e del cognome scelto dai genitori alla nascita, dell'appartenenza al luogo dove si cresce, della propria storia, cultura e tradizioni e, soprattutto, dei genitori e delle rispettive famiglie d'origine, che condizionano il processo di crescita.

Anche la Corte di cassazione, di recente, avrebbe condiviso questi principi, riconoscendo la risarcibilità del danno arrecato dal padre al figlio a causa dell'esperimento dell'azione di cui all'art. 263 cod. civ. In tale occasione, si è affermato che l'identità, come tutti i diritti della personalità, «si rafforza e si consolida con il passare del tempo. Pertanto, maggiore è il lasso di tempo intercorso tra il riconoscimento e l'impugnazione per difetto di veridicità, maggiore sarà la lesione che ne discende al diritto all'identità personale» (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 31 luglio 2015, n. 16222).

D'altra parte, la rimozione dello status filiationis, ai sensi dell'art. 263 cod. civ., non garantirebbe affatto l'acquisizione di una genitorialità corrispondente a verità. Il genitore biologico potrebbe, infatti, rifiutare il riconoscimento, quest'ultimo potrebbe essere contrario all'interesse del minore, oppure, come accade nei casi di maternità surrogata, il genitore biologico potrebbe essere non identificabile. In tali circostanze sarebbe leso anche il diritto del minore alla bigenitorialità, diritto riconosciuto come

preminente dalla legge 8 febbraio 2006, n. 54 (Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli).

- 4.2.2.** In riferimento all'art. 3 Cost., il curatore rileva che l'esigenza di bilanciare l'interesse del minore con il pubblico interesse alla certezza degli status sarebbe stata affermata dal legislatore in tutte le azioni in materia di riconoscimento dei figli (artt. 250, 251 e 269 cod. civ.). Se in tali azioni, tese ad estendere i legami di filiazione del minore, è stata ritenuta necessaria la valutazione dell'interesse del medesimo, non si comprenderebbe perché essa non possa compiersi anche nelle azioni il cui accoglimento comporta la rescissione di tali legami e quindi l'impoverimento delle relazioni familiari del minore.
- 4.2.3.** Quanto al contrasto con gli artt. 30 e 31 Cost., il curatore deduce che, nei giudizi di accertamento del rapporto di filiazione, la prevalenza incondizionata del favor veritatis sarebbe stata messa in dubbio dalla giurisprudenza. Al riguardo, si fa rilevare che gli artt. 30 e 31 Cost. riconoscono che la ricerca della filiazione biologica può incontrare dei limiti, derivanti dalla necessità di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente garantiti, primo fra tutti l'interesse del minore. La preminenza del favor veritatis non sarebbe espressione di valori costituzionali, bensì il portato di una concezione arretrata e formalistica dei rapporti familiari, ormai estranea al comune sentire.
- 4.2.4.** Da ultimo, quanto al contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., il curatore osserva che l'art. 8 della CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, imporrebbe in via prioritaria al legislatore nazionale di tutelare il legame di filiazione, ancorché originato attraverso pratiche ritenute illecite dall'ordinamento nazionale.

Non potrebbe, dunque, ritenersi giustificata una previsione legislativa, come quella censurata, che impone la rimozione dello status filiationis, precludendo ogni valutazione circa la corrispondenza di questa decisione all'interesse del minore. In ciò sarebbe ravvisabile un eccesso di discrezionalità legislativa. Di converso, laddove è in gioco il best interest of the child e la tutela della sua identità, il margine di tale discrezionalità sarebbe strettissimo, dovendosi ispirare alla promozione della persona del minore (oltre alle già citate sentenze 26 giugno 2014, *Mennesson contro Francia* e *Labassee contro Francia*, è richiamata la sentenza della Grande camera 10 aprile 2007, *Evans contro Regno Unito*, ricorso n. 2346 del 2002).

Viceversa, l'art. 263 cod. civ. tradirebbe tale scopo. Esso sacrificerebbe ogni considerazione centrata sulla persona del minore ad un presunto interesse pubblico alla verità biologica della procreazione, violando anche i principi desumibili dalle convenzioni internazionali che l'Italia ha sottoscritto, prima tra tutte la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, nonché la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il curatore deduce che, nella giurisprudenza della Corte EDU, la sussistenza di legami familiari sarebbe legata all'esistenza, anche solo nei fatti, di stretti vincoli affettivi (*Grande camera*, sentenza 13 giugno 1979, *Marckx contro Belgio*, ricorso n. 6833 del 1974), a prescindere dalla loro qualificazione giuridica formale, ed anzi, talvolta, anche se la legge nazionale rifiuta di riconoscerli (*Grande camera*, sentenza 27 ottobre 1994, *Kroon ed altri contro Paesi Bassi*, ricorso n. 18535 del 1991, e sentenza 22 aprile 1997, *X, Y e Z contro Regno Unito*, ricorso n. 21830 del 1993).

Nella nozione di vita familiare, da proteggersi ai sensi dell'art. 8 della CEDU, rientrerebbe il legame tra il figlio ed il genitore, anche se tale relazione non ha presupposti biologici, ma solo affettivi (*Prima sezione*, sentenza 16 luglio 2015, *Nazarenko contro Russia*, ricorso n. 39438 del 2013). Il rapporto di filiazione sarebbe espressione della vita privata o, come nel caso che ha dato origine al presente giudizio, espressione di vita familiare. Ciò sarebbe confermato dalla stessa posizione del Governo italiano, espressa di fronte alla Corte EDU nel caso *Paradiso e Campanelli*, laddove è stata ammessa la possibilità di una vita familiare *de facto*, anche in assenza di legame biologico con entrambi i genitori.

Ove il legame biologico sussista solo nei confronti di un genitore (come nel caso in esame) si potrà invocare l'art. 8 della CEDU, nell'accezione di "vita familiare". Laddove tale legame non sussista, la protezione della filiazione "sociale" dovrebbe essere riconosciuta quale declinazione della "vita privata" del minore.

- 5.** Nel giudizio innanzi alla Corte, è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che la questione sia dichiarata inammissibile o comunque non fondata.
- 5.1.** La difesa statale ha eccepito, in primo luogo, l'inammissibilità della questione, in quanto volta ad inserire, attraverso una pronuncia additiva, una condizione esclusiva (l'interesse del minore) ai fini dell'impugnazione del riconoscimento di figlio naturale. Spetterebbe, viceversa, al legislatore stabilire se l'accoglimento di tale impugnazione debba essere subordinato unicamente all'interesse del minore all'appartenenza familiare.
- 5.2.** Nel merito, la questione sarebbe comunque infondata.

La ratio dell'art. 263 cod. civ., quale strumento di tutela dell'interesse superiore alla corrispondenza tra realtà naturale e verità apparente, sarebbe quella di far cadere il riconoscimento non rispondente al

vero. Verrebbe in rilievo, quindi, l'interesse oggettivo dell'ordinamento alla verità dello status di filiazione, attinente a principi di ordine pubblico, intesi come principi fondamentali ed irrinunciabili. Ad avviso della difesa statale, il principio del favor veritatis esprime un'esigenza di certezza nei rapporti di filiazione e la protezione dell'interesse del minore si realizzerebbe proprio nel riconoscimento del diritto alla propria identità (sono richiamate la sentenza n. 112 del 1997 e l'ordinanza n. 7 del 2012).

La ratio dell'art. 263 cod. civ. consisterebbe nell'attuazione del diritto del minore all'acquisizione di uno stato corrispondente alla realtà biologica, ovvero, qualora ciò non sia possibile, di uno stato corrispondente a quello di figlio legittimo, ma solo attraverso le garanzie offerte dalla disciplina dell'adozione.

Non sarebbe, dunque, ravvisabile alcun contrasto con l'art. 2 Cost., perché lo scioglimento dei vincoli assunti dal genitore verso il preteso figlio realizzerebbe l'interesse oggettivo dell'ordinamento alla verità dello status.

Non potrebbero ritenersi lesi neppure i principi di cui agli artt. 30 e 31 Cost. Essi non sarebbero invocabili laddove il legame familiare venga meno, in quanto privato del fondamento della verità della filiazione naturale.

Inoltre, non sarebbe ravvisabile alcun contrasto con l'art. 3 Cost. e quindi con il principio di ragionevolezza, perché l'art. 263 cod. civ. sarebbe giustificato dalla superiore esigenza di far cadere ogni falsa apparenza di status.

Infine, non sussisterebbe neppure la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 della CEDU, non essendo in discussione la tutela della vita privata del minore, ma il suo diritto alla identità personale, sotto il profilo del legame di filiazione.

- 5.3.** Ad avviso dell'Avvocatura generale dello Stato, la questione sarebbe manifestamente infondata, non ravvisandosi nella considerazione del favor veritatis una ragione di conflitto con il favor minoris. La verità biologica della procreazione costituisce, infatti, una componente essenziale dell'interesse del medesimo minore, dovendo essergli garantito il diritto alla propria identità e all'affermazione di un rapporto di filiazione veridico (sentenze n. 216 e n. 112 del 1997). L'intangibilità dello status sarebbe recessiva rispetto a tale diritto, laddove venga meno la corrispondenza alla verità biologica (sentenza n. 170 del 1999).

- 6.** In prossimità dell'udienza pubblica, il curatore speciale ha depositato una memoria integrativa in cui, dopo avere ribadito gli argomenti già illustrati nelle precedenti difese, ha sottolineato che la mancata previsione della valutazione dell'interesse del minore impedirebbe di tener conto che, nel caso in esame, tale interesse è stato, in parte, già accertato dal Tribunale per i minorenni con la sentenza che ha dichiarato non luogo a provvedere sull'adottabilità. Il curatore speciale ritiene, peraltro, che una volta ricevuto il mandato dal medesimo Tribunale, egli non avrebbe potuto astenersi dallo svolgere tale incarico.
- 6.1.** In riferimento all'eccezione di inammissibilità sollevata dall'Avvocatura generale dello Stato, relativa all'incidenza che un'eventuale pronuncia di accoglimento avrebbe sulla discrezionalità del legislatore, si osserva che in questo caso è richiesta alla Corte l'eliminazione di un automatismo normativo che impedisce un bilanciamento tra gli interessi in gioco, ciò che rientrerebbe pienamente nelle sue attribuzioni. D'altra parte, interventi additivi della giurisprudenza costituzionale sarebbero frequenti proprio in materia di tutela d'interesse del minore (sono richiamate le sentenze n. 7 del 2013, n. 31 del 2012, n. 50 del 2006 e n. 297 del 1996).
- 6.2.** Da ultimo, il curatore speciale contesta che, nel nostro ordinamento, vi sia una necessaria coincidenza tra interesse del minore e favor veritatis. Ogni rigidità e automatismo in tal senso, anzi, potrebbero risultare pregiudizievoli per il minore.

È richiamata, in particolare, la sentenza della Corte di cassazione, sezione prima civile, 22 dicembre 2016, n. 26767, che ha ritenuto essenziale il bilanciamento tra gli interessi in gioco, in considerazione del superamento della concezione della famiglia su base essenzialmente genetica.

D'altra parte, un distacco tra identità genetica e identità giuridica sarebbe alla base proprio della disciplina dell'adozione, la quale costituisce espressione di un principio di responsabilità di chi sceglie di essere genitore, facendo sorgere nel figlio "desiderato" un legittimo affidamento sulla continuità della relazione.

Il curatore evidenzia che – a conferma del riconoscimento della valenza del genitore sociale – la stessa giurisprudenza costituzionale ha richiamato proprio l'istituto dell'adozione. Nella sentenza n. 162 del 2014 si sottolinea, infatti, che esso mira a garantire una famiglia ai minori, evidenziando che «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa».

Considerato in diritto

1. Nel corso di un procedimento di impugnazione del riconoscimento di figlio naturale per difetto di veridicità, la Corte d'appello di Milano ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 del codice civile, in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti: CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848.

La disposizione è censurata nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse dello stesso.

2. Secondo la difesa del Presidente del Consiglio dei ministri, intervenuto nel giudizio incidentale, la questione sarebbe inammissibile in quanto volta ad inserire, attraverso una pronuncia additiva, una condizione esclusiva (l'interesse del minore) ai fini dell'impugnazione del riconoscimento del figlio naturale. Spetterebbe, viceversa, al legislatore stabilire se l'accoglimento di tale impugnazione debba essere subordinato all'interesse del minore all'appartenenza familiare.

L'eccezione di inammissibilità è priva di fondamento.

Al riguardo, va rilevato che il petitum del rimettente è volto al riconoscimento della possibilità di valutare l'interesse del minore, ai fini della decisione sull'impugnazione del riconoscimento. Ove si neghi tale possibilità, l'accoglimento della domanda rimarrebbe condizionato soltanto all'accertamento della non veridicità del riconoscimento. In definitiva, attraverso l'intervento invocato, è denunciata l'irragionevolezza di un automatismo decisorio che impedirebbe di tenere conto degli interessi in gioco. Il sindacato di legittimità rimesso a questa Corte è limitato, pertanto, alla verifica del fondamento costituzionale del denunciato meccanismo decisorio, senza alcuna interferenza sul contenuto di scelte discrezionali rimesse al legislatore.

3. Sempre in via preliminare, occorre delimitare l'ambito dell'indagine che il giudice intende rimettere alla Corte in questa occasione.

Secondo questa prospettazione, il giudizio a quo ha per oggetto l'accertamento dell'inesistenza del rapporto di filiazione di un minore nato attraverso il ricorso alla surrogazione di maternità realizzata all'estero. Non è tuttavia in discussione la legittimità del divieto di tale pratica, previsto dall'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), e nemmeno la sua assolutezza. Risulta parimenti estraneo alla odierna questione di legittimità costituzionale il tema dei limiti alla trascrivibilità in Italia di atti di nascita formati all'estero.

La questione sollevata dalla Corte d'appello di Milano ha per oggetto, infatti, la disciplina dell'azione di impugnazione prevista dall'art. 263 cod. civ., volta a rimuovere lo stato di figlio, già attribuito al minore per effetto del riconoscimento, in considerazione del suo difetto di veridicità.

4. Nel merito, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 cod. civ. non è fondata.

Nell'interpretazione fatta propria dal rimettente la norma censurata si porrebbe in contrasto con i principi di cui agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, Cost., poiché, nel giudizio di impugnazione del riconoscimento del figlio naturale, essa non consentirebbe di tenere conto, in concreto, dell'interesse del minore «a vedersi riconosciuto e mantenuto uno stato di filiazione quanto più rispondente alle sue esigenze di vita». Tuttavia, siffatta interpretazione non può essere condivisa, neppure nei casi nei quali il legislatore imponga di non pretermettere la verità.

- 4.1. Pur dovendosi riconoscere un accentuato favore dell'ordinamento per la conformità dello status alla realtà della procreazione, va escluso che quello dell'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento.

Ed invero, l'attuale quadro normativo e ordinamentale, sia interno, sia internazionale, non impone, nelle azioni volte alla rimozione dello status filiationis, l'assoluta prevalenza di tale accertamento su tutti gli altri interessi coinvolti.

In tutti i casi di possibile divergenza tra identità genetica e identità legale, la necessità del bilanciamento tra esigenze di accertamento della verità e interesse concreto del minore è resa trasparente dall'evoluzione ordinamentale intervenuta e si proietta anche sull'interpretazione delle disposizioni da applicare al caso in esame.

- 4.1.1. A questo riguardo va preliminarmente osservato che la disposizione dell'art. 263 cod. civ. è stata censurata dal rimettente nella versione, applicabile *ratione temporis*, antecedente alle modifiche apportate dal decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 (Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219).

In particolare, l'art. 28 del medesimo d.lgs., in vigore dal 7 febbraio 2014, nel modificare l'art. 263 cod. civ., ha limitato l'imprescrittibilità dell'azione esclusivamente a quella esercitata dal figlio. Analoga

previsione è stata inserita – con riferimento all’azione di disconoscimento di paternità – nell’art. 244, quinto comma, cod. civ., nel testo introdotto dall’art. 18, primo comma, del d.lgs. n. 154 del 2013. Gli altri legittimati, laddove intendano proporre le suddette azioni di contestazione degli status, sono ora tenuti a rispettare i termini di decadenza previsti dalla nuova disciplina.

Il legislatore delegato ha così garantito, senza limiti di tempo, l’interesse primario ed inviolabile dei figli all’accertamento della propria identità e discendenza biologica. Per converso, la previsione di termini di decadenza per gli altri legittimati ha circoscritto entro rigorosi limiti temporali l’esperibilità delle azioni demolitorie dello status filiationis, assicurando così tutela al diritto del figlio alla stabilità dello status acquisito.

La necessità del bilanciamento dell’interesse del minore con il pubblico interesse alla certezza degli status è, altresì, espressamente prevista dal legislatore nelle azioni in materia di riconoscimento dei figli (artt. 250 e 251 cod. civ.), volte all’estensione dei legami parentali del minore.

- 4.1.2.** D’altra parte, già l’art. 9 della legge n. 40 del 2004 aveva escluso che il coniuge o il convivente che abbiano acconsentito al ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo potessero promuovere l’azione di disconoscimento o impugnare il riconoscimento ai sensi dell’art. 263 cod. civ.

Al riguardo questa Corte ha ritenuto «confermata sia l’inammissibilità dell’azione di disconoscimento della paternità [...] e dell’impugnazione ex art. 263 cod. civ. (nel testo novellato dall’art. 28 del d.lgs. n. 154 del 2013), sia che la nascita da PMA di tipo eterologo non dà luogo all’istituzione di relazioni giuridiche parentali tra il donatore di gameti ed il nato, essendo, quindi, regolamentati i principali profili dello stato giuridico di quest’ultimo» (sentenza n. 162 del 2014).

Anche in questo caso, in un’ipotesi di divergenza tra genitorialità genetica e genitorialità biologica, il bilanciamento è stato effettuato dal legislatore attribuendo la prevalenza al principio di conservazione dello status filiationis.

- 4.1.3.** Proprio al fine di garantire tutela al bambino concepito attraverso fecondazione eterologa, sin da epoca antecedente alla legge n. 40 del 2004, questa Corte – senza mettere in discussione la legittimità di tale pratica, «né [...] il principio di indisponibilità degli status nel rapporto di filiazione, principio sul quale sono suscettibili di incidere le varie possibilità di fatto oggi offerte dalle tecniche applicate alla procreazione» – si è preoccupata «invece di tutelare anche la persona nata a seguito di fecondazione assistita, venendo inevitabilmente in gioco plurime esigenze costituzionali. Preminenti in proposito sono le garanzie per il nuovo nato [...], non solo in relazione ai diritti e ai doveri previsti per la sua formazione, in particolare dagli artt. 30 e 31 della Costituzione, ma ancor prima – in base all’art. 2 della Costituzione – ai suoi diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità: diritti che è compito del legislatore specificare» (sentenza n. 347 del 1998).

- 4.1.4.** Come evidenziato dallo stesso rimettente in riferimento alla violazione dell’art. 117, primo comma, Cost., anche il quadro europeo ed internazionale di tutela dei diritti dei minori evidenzia la centralità della valutazione dell’interesse del minore nell’adozione delle scelte che lo riguardano.

Tale principio ha trovato la sua solenne affermazione dapprima nella Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, in forza della quale «[i]n tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l’interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente» (art. 3, paragrafo 1).

Nella stessa direzione si pongono la Convenzione europea sull’esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva con legge 20 marzo 2003, n. 77, e le Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa per una giustizia a misura di minore, adottate il 17 novembre 2010, nella 1098^a riunione dei delegati dei ministri.

Infine, l’art. 24, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, sancisce il principio per il quale «[i]n tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l’interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente».

D’altra parte, pur in assenza di un’espressa base testuale, la garanzia dei best interests of the child è stata riportata, nell’interpretazione della Corte europea dei diritti dell’uomo, sia all’art. 8, sia all’art. 14 della CEDU. Ed è proprio in casi di surrogazione di maternità, nel valutare il rifiuto di trascrizione degli atti di nascita nei registri dello stato civile francese, che la Corte di Strasburgo ha affermato che il rispetto del migliore interesse dei minori deve guidare ogni decisione che li riguarda (sentenze del 26 giugno 2014, rese nei casi *Mennesson* contro Francia e *Labassee* contro Francia, ricorsi n. 65192 del 2011 e n. 65941 del 2011).

- 4.1.5.** Va altresì rammentato che, in linea con i principi enunciati dalla giurisprudenza della Corte EDU, la legge 19 ottobre 2015, n. 173 (Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affidamento familiare) ha valorizzato l’interesse del minore alla conservazione

di legami affettivi che sicuramente prescindono da quelli di sangue, attraverso l'attribuzione di rilievo giuridico ai rapporti di fatto instaurati tra il minore dichiarato adottabile e la famiglia affidataria.

D'altra parte, il distacco tra identità genetica e identità legale è alla base proprio della disciplina dell'adozione (legge 4 maggio 1983, n. 184, recante «Diritto del minore ad una famiglia»), quale espressione di un principio di responsabilità di chi sceglie di essere genitore, facendo sorgere il legittimo affidamento sulla continuità della relazione.

- 4.1.6.** Anche la giurisprudenza di questa Corte ha riconosciuto, da tempo, l'immanenza dell'interesse del minore nell'ambito delle azioni volte alla rimozione del suo status filiationis (sentenze n. 112 del 1997, n. 170 del 1999 e n. 322 del 2011; ordinanza n. 7 del 2012).

In tale giurisprudenza si trovano affermazioni sul particolare valore della verità biologica. Tuttavia – diversamente da quanto ritiene il giudice a quo – essa non ha affatto negato la possibilità di valutare l'interesse del minore nell'ambito delle azioni demolitorie del rapporto di filiazione. È stato riconosciuto che la verità biologica della procreazione costituisce «una componente essenziale» dell'identità personale del minore, la quale concorre, insieme ad altre componenti, a definirne il contenuto.

Pertanto, nell'auspicare una «tendenziale corrispondenza» tra certezza formale e verità naturale, si è riconosciuto che anche l'accertamento della verità biologica fa parte della complessiva valutazione rimessa al giudice, alla stregua di tutti gli altri elementi che, insieme ad esso, concorrono a definire la complessiva identità del minore e, fra questi, anche quello, potenzialmente confliggente, alla conservazione dello status già acquisito.

Costituisce infatti «compito precipuo del tribunale per i minorenni, [...] verificare se la modifica dello status del minore risponda al suo interesse e non sia per lui di pregiudizio; così come contemporaneamente occorre anche verificare, sia pure con sommaria delibazione, la verosimiglianza del preteso rapporto di filiazione, dovendosi garantire il diritto del minore alla propria identità» (sentenza n. 216 del 1997, sulla previgente disciplina dell'azione di disconoscimento della paternità, di cui agli artt. 273 e 274 cod. civ.).

Nell'evoluzione normativa e ordinamentale del concetto di famiglia, a conferma del rilievo giuridico della genitorialità sociale, ove non coincidente con quella biologica, vi è anche l'espresso riconoscimento, da parte di questa Corte, che «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa» (sentenza n. 162 del 2014).

- 4.1.7.** L'esigenza di operare un'adeguata comparazione degli interessi in gioco, alla luce della concreta situazione dei soggetti coinvolti e, in particolare, del minore, è stata recentemente riconosciuta anche dalla Corte di cassazione, con riferimento all'azione di disconoscimento della paternità.

La giurisprudenza di legittimità ha escluso, infatti, che il favor veritatis costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta da affermarsi comunque, atteso che l'art. 30 Cost. non ha attribuito un valore indefettibilmente preminente alla verità biologica rispetto a quella legale. Nel disporre, al quarto comma, che «[l]a legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità», l'art. 30 Cost. ha demandato al legislatore ordinario il potere di privilegiare, nel rispetto degli altri valori di rango costituzionale, la paternità legale rispetto a quella naturale, nonché di fissare le condizioni e le modalità per far valere quest'ultima, così affidandogli anche la valutazione in via generale della soluzione più idonea per la realizzazione dell'interesse del figlio (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenze 30 maggio 2013, n. 13638; 22 dicembre 2016, n. 26767; e 3 aprile 2017, n. 8617).

- 4.2.** È alla luce di tali principi, immanenti anche nel mutato contesto normativo e ordinamentale, che si pone la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 cod. civ.

L'affermazione della necessità di considerare il concreto interesse del minore in tutte le decisioni che lo riguardano è fortemente radicata nell'ordinamento sia interno, sia internazionale e questa Corte, sin da epoca risalente, ha contribuito a tale radicamento (ex plurimis, sentenze n. 7 del 2013, n. 31 del 2012, n. 283 del 1999, n. 303 del 1996, n. 148 del 1992 e n. 11 del 1981).

Non si vede conseguentemente perché, davanti all'azione di cui all'art. 263 cod. civ., fatta salva quella proposta dallo stesso figlio, il giudice non debba valutare: se l'interesse a far valere la verità di chi la solleva prevalga su quello del minore; se tale azione sia davvero idonea a realizzarlo (come è nel caso dell'art. 264 cod. civ.); se l'interesse alla verità abbia anche natura pubblica (ad esempio perché relativa a pratiche vietate dalla legge, quale è la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane) ed imponga di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità.

Vi sono casi nei quali la valutazione comparativa tra gli interessi è fatta direttamente dalla legge, come accade con il divieto di disconoscimento a seguito di fecondazione eterologa. In altri il legislatore impone, all'opposto, l'imprescindibile presa d'atto della verità con divieti come quello della maternità surrogata. Ma l'interesse del minore non è per questo cancellato.

La valutazione del giudice è presente, del resto, nello stesso procedimento previsto dall'art. 264 cod. civ., volto alla nomina del curatore speciale del figlio minore, laddove l'azione di contestazione dello status sia esercitata nel suo interesse. È anche in questa sede, infatti, che il legislatore – sia pure

con i limiti derivanti dalla natura camerale del procedimento – ha affidato al giudice specializzato il compito di valutare, ancor prima dell’instaurazione dell’azione, l’interesse del minore all’assunzione di tale iniziativa giudiziale.

- 4.3.** Se dunque non è costituzionalmente ammissibile che l’esigenza di verità della filiazione si imponga in modo automatico sull’interesse del minore, va parimenti escluso che bilanciare quell’esigenza con tale interesse comporti l’automatica cancellazione dell’una in nome dell’altro.

Tale bilanciamento comporta, viceversa, un giudizio comparativo tra gli interessi sottesi all’accertamento della verità dello status e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore.

Si è già visto come la regola di giudizio che il giudice è tenuto ad applicare in questi casi debba tenere conto di variabili molto più complesse della rigida alternativa vero o falso. Tra queste, oltre alla durata del rapporto instauratosi col minore e quindi alla condizione identitaria già da esso acquisita, non possono non assumere oggi particolare rilevanza, da un lato le modalità del concepimento e della gestazione e, dall’altro, la presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato, che, pur diverso da quello derivante dal riconoscimento, quale è l’adozione in casi particolari, garantisca al minore una adeguata tutela.

Si tratta, dunque, di una valutazione comparativa della quale, nel silenzio della legge, fa parte necessariamente la considerazione dell’elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale.

per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 263 del codice civile, sollevata dalla Corte d’appello di Milano, in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, della Costituzione, quest’ultimo in relazione all’art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848, con l’ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 22 novembre 2017.

*Corte di Cassazione, prima sezione civile***Ordinanza del 18 gennaio 2018, n. 4382**

ATTO DI NASCITA STRANIERO RECANTE L'INDICAZIONE DI DUE PADRI – RICONOSCIMENTO DI EFFICACIA GIURIDICA – ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE – NOZIONE – LEGITTIMAZIONE DEL SINDACO E DEL MINISTRO DELL'INTERNO A ESSERE PARTE NELLA PROCEDURA – LEGITTIMAZIONE DEL PROCURATORE GENERALE PRESSO LA CORTE D'APPELLO A RICORRERE IN CASSAZIONE – ECCESSO DI POTERE GIURISDIZIONALE – RIMESIONE AL PRIMO PRESIDENTE PER LE VALUTAZIONI DI COMPETENZA IN ORDINE LA REMISSIONE ALLE SEZIONI UNITE

La complessità e la rilevanza delle questioni in ordine alla legittimazione delle parti (PG, Sindaco, Ministero dell'Interno), in ordine alla nozione di ordine pubblico e alla contestazione della carenza assoluta di potere giurisdizionale, attenendo a delicatissimi e relevantissimi profili di diritto, comportano, per la loro soluzione, la risoluzione di questioni di massima di particolare importanza che impongono la trasmissione dei ricorsi riuniti al Primo presidente per le sue valutazioni.

Riferimenti normativi: artt. 1, 16, 65, 66, 67 L. n. 218 del 1995; artt. 18 e 95 d.P.R. n. 396 del 2000; artt. 5 e 12, commi 2 e 6, L. n. 40 del 2005; artt. 101, 112, 360, n. 1, 374, secondo comma, ult. parte, e 702-bis cod. proc. civ.; artt. 74 e ss. cod. civ.; art. 73, u. co., della legge di ord. giud. RD n. 12 del 1941.

REPUBBLICA ITALIANA

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE

...omissis...

ORDINANZA INTERLOCUTORIA

sul ricorso 10101/2017 proposto da:

Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte di Appello di Trento;

- ricorrente -

contro

...omissis... e ...omissis..., rappresentati dai genitori esercenti la responsabilità genitoriale ...omissis... e ...omissis...

- controricorrenti -

contro

Ministero dell'Interno, Sindaco del Comune di Trento;

- intimati -

...omissis...

Fatti di causa

1. I signori ...omissis..., quali esercenti la potestà sui minori ...omissis... – questi ultimi, vigente la *lex soli*, perciò anche cittadini canadesi -, chiedevano la trascrizione, nei registri dello stato civile del Comune di Trento, del provvedimento pronunciato in data 12 gennaio 2011 dalla *Superior Court of Justice* dell'Ontario con il quale si accertava anche la genitorialità di ...omissis... e ordinava che, l'atto di nascita dei due menzionati minori, fosse emendato con l'aggiunta di detto nome come loro genitore e secondo padre.

- 1.1. L'Ufficiale di stato civile, tuttavia, respingeva la richiesta di trascrizione perché contraria all'ordine pubblico, atteso che – secondo la normativa vigente – i genitori devono necessariamente di sesso diverso.
2. I predetti sigg. *...omissis...*, pertanto, ricorrevano davanti la Corte d'Appello di Trento, ai sensi dell'art. 702-bis cod. proc. civ. e 67 L. n. 218 del 1995, chiedendo che venisse riconosciuta, nell'ordinamento italiano, l'efficacia dell'anzidetto provvedimento giudiziale della *Superior Court of Justice* dell'Ontario e, pertanto, ordinato all'Ufficiale dello stato civile del Comune di Trento di trascrivere dell'atto di nascita di *...omissis...* quel provvedimento giudiziale canadese (che riconosceva anche la genitorialità, quale secondo padre, del sig. *...omissis...*).
- 2.1. Premettevano i due istanti di aver fatto ricorso – giovandosi di una donna donatrice di ovociti (nel 2009) e di altra donna disposta a sostenere la gravidanza per altri – alla procreazione medicalmente assistita all'estero, nell'Ontario, laddove le coppie dello stesso genere possono diventare genitori secondo la "gestazione per altri", regolata dalla legge canadese, che – in tali casi – non riconosce alla gestante la qualità genitoriale.
- 2.2. Sulla base di un primo provvedimento giudiziale, il sig. *...omissis...* era stato riconosciuto padre ed unico genitore dei minori e, così formati gli atti di nascita dei bambini, questi erano stati poi trascritti nei registri del Comune di Trento.
- 2.3. Con un secondo provvedimento giudiziale, il cui riconoscimento in Italia è propriamente l'oggetto di questo giudizio, era stato riconosciuta dalla Corte canadese la cogenitorialità di *...omissis...* con il conseguente emendamento del primo atto.
- 2.4. I ricorrenti espongono di aver contratto matrimonio in Canada nel 2008 (secondo la legge del luogo) e, pertanto, che il loro caso rientrava nella previsione di cui all'art. 28, lett b) [*recte*: art. 1, co. 28, lett. b)], della legge n. 76 del 2016 sicché essi avrebbero posseduto i requisiti per la trascrizione del provvedimento giudiziale canadese nell'ordinamento italiano, ai sensi dell'art. 66 LDIP di cui alla legge n. 218 del 1995, escludendo un contrasto con l'ordine pubblico interno e internazionale, per: a) l'inesistenza di una previsione che imporrebbe la necessaria diversità di genere dei genitori; b) l'esistenza di plurime decisioni della Corte Edu in merito all'irrelevanza dell'orientamento sessuale della coppia genitoriale per il benessere dei minori; c) il riconoscimento dell'adozione in casi particolari da parte della compagna della madre biologica; ecc.
3. Il PG presso la Corte d'Appello di Trento eccepiva l'incompetenza della Corte adita (per esserlo il Tribunale del luogo) e, nel merito, il rigetto della domanda per contrarietà all'ordine pubblico.
- 3.1. Nel corso del procedimento interveniva il Ministero dell'Interno deducendo la propria legittimazione ad intervenire in difesa del Sindaco nella veste di Ufficiale di Governo.
4. Con l'ordinanza oggetto di esame in questa sede, la Corte territoriale ha: a) dichiarato inammissibile l'intervento del Ministero dell'Interno; b) riconosciuto efficacia, nell'ordinamento giuridico italiano, al provvedimento (in data 12 gennaio 2011) della *Superior Court of Justice* dell'Ontario laddove esso dichiarava che "un padre è *...omissis...* e figli sono *...omissis...*"; c) compensato le spese del giudizio.
- 4.1. Anzitutto, la Corte territoriale ha premesso che l'oggetto della domanda giudiziale era costituito esclusivamente dal riconoscimento nell'ordinamento interno, ai sensi dell'art. 67 L. n. 218 del 1995, del provvedimento pronunciato dalla *Superior Court of Justice* dell'Ontario in data 12 gennaio 2012: pronuncia con la quale si accertava la relazione di genitorialità tra *...omissis...* e i due bambini *...omissis...* e si ordinava all'Ufficiale di stato civile di "emendare" l'atto di nascita dei due minori, così che il *...omissis...* "sia aggiunto come genitore e risulti quale padre dei bambini".
- 4.2. Pertanto, avrebbe carattere solo successivo e dipendente la richiesta di ordinare all'Ufficiale dello stato civile del Comune di Trento di trascrivere il provvedimento, ai sensi dell'art. 28, co. 2, lett. e) [*recte*: art. 1, co. 28, lett b)] l. n. 76 cit., che non avrebbe natura di autonoma domanda e, perciò, non sarebbe idonea a spostare la competenza per materia verso il Tribunale di Trento, ai sensi dell'art. 95 del d.P.R. n. 396 del 2000 (*Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127*), come richieste dal PG.
- 4.3. Così precisato l'oggetto della controversia, si comprenderebbe anche il difetto di legittimazione passiva del Sindaco quale Ufficiale di Governo e quello del Ministero dell'Interno che pure, quale titolare della funzione amministrativa esercitata dal Sindaco-Ufficiale di governo, in materia di tenuta dei registri anagrafici, avrebbe dedotto il suo interesse a contrastare la domanda in quanto possibile destinatario di potenziali richieste risarcitorie per i danni patiti dai ricorrenti a causa dell'illegittimo diniego della trascrizione dell'atto di stato civile.
- 4.3.1. Infatti, in difetto di concrete domande risarcitorie l'interesse del Ministero non sarebbe attuale; e del resto, nel giudizio in corso non troverebbe ingresso l'interesse alla regolare tenuta dei registri di stato civile.
- 4.3.2. L'unico interesse implicato realmente, nel giudizio instaurato, sarebbe solo quello volto ad evitare che, nel nostro ordinamento giuridico, trovino ingresso provvedimenti contrari all'ordine pubblico in materia di stato delle persone e, un tale interesse, sarebbe direttamente tutelato dall'intervento del PG che,

pur non richiesto, nella detta materia processuale (dopo l'abrogazione dell'art. 796, u. co., cod. proc. civ., ad opera dell'art. 73 della L. n. 218 del 1995 sul DIP), sarebbe consentito dal tipo di controversia involgente lo stato delle persone e i minori.

5. Nel merito, la Corte territoriale, premesso che l'unico controllo da farsi è quello in ordine alla compatibilità del provvedimento straniero con l'ordine pubblico interno, ha preliminarmente chiarito che tale nozione, così come definita dalla Corte di cassazione nella sentenza n. 19599 del 2016, andava individuato esclusivamente nei principi supremi o fondamentali e vincolanti della Carta costituzionale, non anche in base alle norme costituenti esercizio della discrezionalità legislativa, in una determinata materia.
- 5.1. A tale proposito, il giudice distrettuale, individua nell'esigenza di tutela dei diritti fondamentali, ed in particolare in quello dell'interesse superiore del minore che avrebbero trovato riconoscimento e tutela nell'ordinamento internazionale e in quello interno, la ragione della trasferibilità del provvedimento giurisdizionale in esame nell'ordine giuridico nazionale.
- 5.2. In particolare, i minori avrebbero il diritto di conservare lo status di figlio anche del secondo padre, perché riconosciuto nel provvedimento giurisdizionale adottato *...omissis...*, pena il pregiudizio per tutti i soggetti in causa (padre e figli) e la perdita dell'identità familiare così formatasi.
- 5.3. Il principio del *best interest* dei minori, pur non avendo valenza assoluta, potrebbe cedere unicamente di fronte a valori di rilevanza costituzionale primaria e vincolanti per il legislatore ordinario che, tuttavia, non potrebbero riconoscersi né nella legge n. 40 del 2004, sulla procreazione medicalmente assistita (PTA), e né nel regolamento delle unioni civili, di cui alla legge n. 76 del 2016, non essendo tali provvedimenti l'espressione di principi fondamentali e costituzionalmente obbligati, ma ben modificabili dallo stesso legislatore (riferimento a Corte cost. n. 162 del 2014).
- 5.4. La Corte territoriale ha, pertanto, concluso il suo percorso motivazionale affermando che l'incontrovertita insussistenza di un legame genetico fra i due minori ed il sig. *...omissis...* non rappresenterebbe un ostacolo al riconoscimento del rapporto di filiazione accertato dal giudice canadese, dovendosi escludere che nel nostro ordinamento vi sia un modello di genitorialità fondato esclusivamente sul legame biologico fra il genitore ed il nato, assumendo sempre più importanza il concetto di responsabilità genitoriale, che si manifesterebbe nella consapevole decisione di allevare ed accudire il nato anche indipendentemente dal relazione biologica con uno dei genitori, in considerazione delle consentite (in molti ordinamenti) tecniche di fecondazione eterologa.
- 5.5. Nella sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* del 24 gennaio 2017 la CEDU avrebbe affermato che la nozione di vita familiare, ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, costituirebbe una mera questione di fatto dipendente dagli stretti legami personali, questi si da escludersi solo in presenza di legami precari e non sufficientemente costanti.
- 5.6. Né l'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, lett. b), della legge sulle adozioni n. 183 del 1994 potrebbe tutelare situazioni come quelle in esame, essendovi orientamenti assai diversi al riguardo.
6. Avverso tale pronuncia ha proposto ricorso per cassazione il PG presso la Corte d'appello di Trento, articolato in due mezzi, contro i quali resistono i minori, rappresentati dai genitori esercenti la responsabilità e da costoro in proprio.
7. Ha altresì proposto ricorso incidentale per cassazione il Ministero dell'Interno ed il Sindaco del Comune di Trento, in qualità di Ufficiale di Governo, affidato a cinque motivi, contro i quali resistono i minori rappresentati dai genitori esercenti la responsabilità e costoro in proprio.

...omissis...

Ragioni della decisione

- 1.1. Con il primo motivo di ricorso principale (violazione e falsa applicazione degli artt. 16 e 65 1. n. 218 del 1995, 18 d.P.R. n. 396 del 2000) il PG presso la Corte d'appello di Trento denuncia il provvedimento impugnato per avere riconosciuto, nell'ordinamento interno, gli effetti giuridici di quel provvedimento giurisdizionale straniero e di alcune norme di uno Stato estero contrarie all'ordine pubblico interno.
- 1.1.1. In particolare, il PG presso la Corte territoriale contesta che sia conforme ai principi fondamentali del nostro ordinamento l'affermazione di una genitorialità in capo a persone dello stesso sesso e che a tanto si possa pervenire «per via giudiziaria», dandosi luogo ad una soluzione che: a) contrasterebbe con i principi fondamentali della Carta costituzionale; b) scardinerebbe l'intero sistema del diritto di famiglia italiano; c) ignorerebbe il comune sentire, ossia il modo in cui la stragrande maggioranza degli italiani concepisce maternità e paternità; d) cancellerebbe uno degli elementi fondanti la stessa identità nazionale; e) intaccherebbe la stessa sovranità dello Stato.

- 1.1.2.** In particolare, il richiamo - contenuto nel provvedimento impugnato - alla sentenza di questa sezione n. 19599 del 2016, ossia ad un precedente ritenuto isolato e contrastante con la consolidata giurisprudenza di legittimità, sarebbe incentrato su un'erronea interpretazione del concetto di ordine pubblico interno. Contro tale concetto riduttivo si ergerebbe la restante giurisprudenza (espressa nelle sentenze indicate in quelle nn. 1302/13, 19405/2013, 27592/2006, 2233272004 e 17349/2002), dovendosi far richiamo tanto ai principi costituzionali quanto ai più importanti istituti giuridici, ossia ai cardini della «struttura etica, sociale ed economica della comunità nazionale e della sua inconfondibile fisionomia», quali emergerebbero dagli artt. 30 e 31 Cost. (con i concetti di paternità e maternità, ivi ricavabili), dall'art. 5 della l. n. 40 del 2004 (l'accesso alla procreazione medicalmente assistita per le sole coppie eterosessuali), dagli artt. 231, 243-bis, 246, 247, 250, 262, 269, 408, 566, 568, 599 e 643 del cod. civile.
- 1.2.** Con il secondo (mancanza assoluta di motivazione) il PG ricorrente principale si duole della motivazione solo apparente (perché estranea al giudizio di compatibilità del provvedimento giurisdizionale straniero con l'ordine pubblico) contenuta nella decisione della Corte d'appello, che sarebbe mancante dell'esposizione delle ragioni di diritto in ordine alla detta compatibilità con l'ordine pubblico di un qualsivoglia rapporto di filiazione con doppia paternità e di un rapporto genitoriale di coppia tra persone dello stesso sesso.
- 2.1.** Con il primo motivo di ricorso incidentale (difetto assoluto di giurisdizione ex art. 360, I° co., n. 1 cod. proc. civ.) il Ministero dell'Interno ed il Sindaco del Comune di Trento, quale Ufficiale di governo, denunciano il provvedimento impugnato perché frutto di un intervento creativo, eccedente i limiti della giurisdizione e perciò invasivo della sfera discrezionale del legislatore.
- 2.1.1.** Secondo i ricorrenti incidentali, infatti, affermando una regola inesistente, individuata nella completa equiparazione delle coppie omosessuali alle «famiglie tradizionali», così andando in questo ambito ben oltre la tutela antidiscriminatoria, la Corte territoriale, con una non consentita interpretazione «convenzionalmente orientata» (neppure sostenibile in base alla stessa giurisprudenza CEDU), avrebbe superato il limite della propria giurisdizione, incorrendo in un eccesso di potere giurisdizionale per invasione alla sfera delle attribuzioni del legislatore (richiamo a Cass. SU n. 20360 del 2013).
- 2.2.** Con il secondo motivo (violazione delle norme sulla competenza, ai sensi dell'art. 95 d.P.R. n. 396 del 2000: incompetenza per grado, essendo competente il Tribunale) i ricorrenti Ministero dell'Interno e Sindaco del Comune di Trento, quale Ufficiale di governo, denunciano l'errore compiuto dal giudice a quo il quale, nell'affermare che la richiesta delle parti istanti non sarebbe stata, che solo di riflesso, quella di ordinare all'Ufficiale dello Stato civile di «emendare» l'atto di nascita dei minori ...*omissis*..., non costituendo quella - a suo dire - una autonoma domanda, ha affermato la propria competenza in contrasto con la previsione di cui all'art. 95 d.P.R. n. 396 del 2000.
- 2.2.1.** Infatti, i ricorrenti avrebbero, nella sostanza, richiesto al giudice nazionale proprio la trascrizione del provvedimento giurisdizionale straniero (pronunciato dalla *Superior Court of Justice Ontario*) «in materia di nascita», ai sensi dell'art. 28 (*Iscrizioni e trascrizioni*), 2° co., lett. e) del d.P.R. n. 396 del 2000, che essendo stata rifiutata dall'Ufficiale dello Stato civile avrebbe comportato il necessario esperimento di una tutela giurisdizionale davanti al Tribunale, non alla Corte d'Appello, con la conseguente incompetenza di quest'ultima e la nullità della «sentenza» (*sic*) da Essa pronunciata.
- 2.3.** Con il terzo motivo di ricorso incidentale (violazione dell'art. 112 cod. proc. civ.) i predetti ricorrenti lamentano il mancato rilievo del difetto di legittimazione ad agire del sig. ...*omissis*..., atteso che, non avendo egli già acquisito la responsabilità genitoriale sui minori, non avrebbe avuto titolo a presentare il ricorso avanti al Giudice di merito.
- 2.4.** Con il quarto (violazione e falsa applicazione degli artt. 101 e 702-bis cod. proc. civ. e 67 L. n. 218 del 1995. Violazione del principio del contraddittorio e della *legitimitas ad causam*) i predetti lamentano l'esclusione del Sindaco, quale ufficiale di Governo, e del Ministro dell'Interno, quale vertice della funzione, dai soggetti legittimati a interloquire, come parti necessarie nel giudizio *a quo*, considerato che il procedimento (implicante la cura della corretta tenuta dei registri dello Stato civile) sarebbe nato proprio dal rifiuto dell'ufficiale di Stato civile di riconoscere il provvedimento straniero, ai sensi dell'art. 66 L. n. 218 del 1995, e dal conseguente giudizio instauratosi ai sensi dell'art. 67 della stessa legge.
- 2.4.1.** Trattandosi di un procedimento che, ai sensi dell'art. 30 D. Lgs. n. 150 del 2011, è regolato dal rito sommario di cognizione, esso avrebbe natura necessariamente contenziosa, e perciò caratterizzato da parti necessarie in contraddittorio tra loro, non già - come erroneamente affermato dalla Corte territoriale - rientrando nel tipo della volontaria giurisdizione.
- 2.5.** Con il quinto ed ultimo motivo di ricorso incidentale (violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 65 della legge n. 218 del 1995; 18 d.P.R. n. 396 del 2000, 5 e 12, commi 2 e 6, L. n. 40 del 2005) i ricorrenti censurano la decisione impugnata nella parte in cui ha affermato che il giudice deve tutelare i diritti fondamentali e, in particolare, l'interesse superiore del minore ossia la conservazione dello status di figlio riconosciuto in un atto validamente formato in un altro Stato.

- 2.5.1. Mentre qui, il riconoscimento del provvedimento del giudice canadese sarebbe contrario all'ordine pubblico, per il suo contrasto con gli artt.: a) 16 della legge n. 218 del 1995; b) 65 della legge n. 218, cit.; c) 18 del d.P.R. n. 396 del 2000.
- 2.5.2. Il giudice *a quo* avrebbe, invece, attribuito un contenuto ampio al concetto di ordine pubblico, perciò svuotandolo di significato e tralasciando quello suo proprio, costituito dall'insieme dei principi e dei valori che sono parte integrante e imprescindibile del sostrato giuridico nazionale.
- 2.5.3. Al contrario, in materia di filiazione il principio rilevante (la cui violazione costituirebbe un atto contrario all'ordine pubblico) sarebbe costituito soltanto da quello secondo cui il figlio è il discendente di persone di sesso diverso. Ciò che si desumerebbe dall'art. 5 della legge n. 40 del 2004 (sul limite posto dal legislatore all'accesso alle tecniche di fecondazione assistita) e dall'art. 12 della stessa legge (che commina sanzioni, anche penali, per la surrogazione di maternità).
- 2.5.4. Nè la Corte EDU avrebbe mai stabilito alcun principio sulla piena ed integrale equiparazione delle coppie omosessuali alla famiglia tradizionale, basata sulla diversità di sesso dei partners e sulla natura biologica della filiazione.
- 2.5.5. Del resto, la richiamata sentenza n. 19599 del 2016 riguardava in caso di totale diniego di trascrizione dell'atto di nascita del minore, diversamente dal caso in esame in cui l'atto di nascita dei figli dal padre biologico ha già trovato pieno riconoscimento con la sua trascrizione. Sicchè, in quel caso - al contrario di questo - il minore sarebbe stato privato della stessa cittadinanza italiana.
- 2.5.6. Invero, nel caso in esame la pretesa del secondo padre comporterebbe conseguenze anche in ordine: a) alla instaurazione di rapporti di parentela, ai sensi degli artt. 74 e ss. cod. civ.; b) ai profili successori; e c) ai doveri di assistenza anche in funzione di una seconda linea paterna.
- 2.5.7. Nè la legge n. 76 del 2016, che ha regolato le cd. unioni civili tra persone dello stesso sesso, operando un'ampia estensione dei diritti e dei connessi doveri, avrebbe compiuto un diverso bilanciamento, che non consentirebbe di andare oltre quanto espressamente disposto, con la non applicabilità delle norme sulla filiazione (artt. 231 e ss. cod. civ.) e di quelle sulla responsabilità genitoriale, che deriverebbero solo dal matrimonio.
- 2.5.8. Al contrario, da tali norme in materia di filiazione si ricaverebbe il principio secondo cui, nell'ordinamento italiano, la nozione di padre rimanderebbe alla sola relazione costituita dalla discendenza genetica, sicchè non sarebbe possibile la coesistenza di due, con la conseguenza che una contraria affermazione (quale quella data dalla Corte territoriale con riferimento alla domanda proposta dal sig. ...*omissis*... costituirebbe una palese violazione dell'ordine pubblico.

+++

3. La parte resistente ha sollevato una pluralità di eccezioni, con riguardo al ricorso del PG presso la Corte d'appello di Trento (per improcedibilità dell'impugnazione e per inammissibilità della stessa, non competendo a quel ricorrente il potere di ricorrere per cassazione) e con riguardo al Sindaco di Trento (per inammissibilità del suo ricorso, non avendo partecipato al giudizio di merito) e al Ministero dell'Interno (per improcedibilità del ricorso).
- 3.1. Le eccezioni di improcedibilità per mancato deposito della copia notificata del provvedimento della Corte territoriale, in questa sede impugnato (sia da parte del PG presso la Corte d'appello che da parte del sindaco di Trento e del Ministero dell'interno) sono da respingere.
- 3.1.1. Quella proposta nei riguardi del ricorso del Sindaco di Trento e del Ministero dell'Interno, innanzitutto, alla luce della controeccezione di costoro e del successivo silenzio serbato dai controricorrenti nella loro memoria ex art. 380-bis.1 cod. proc. civ. (con costituzione di ulteriore procuratore) con cui, nel ribadire tutte le altre eccezioni svolte (compresa quella di improcedibilità del ricorso del PG), mostrano di aver abbandonato la identica contestazione nei riguardi del Sindaco di Trento e del Ministro dell'Interno.
- 3.1.2. Infatti, nella propria memoria, il Sindaco di Trento e il Ministro dell'Interno hanno confutato l'eccezione in punto di fatto processuale affermando (a p. 4) che «la copia del provvedimento impugnato è stata prodotta in tre copie: la copia autentica; la copia comunicata e la copia notificata».
- 3.1.3. L'eccezione dei controricorrenti è pertanto del tutto infondata e deve essere respinta, risultando dal fascicolo dell'Avvocatura generale dello Stato l'esistenza della copia (attestante l'avvenuta notifica del provvedimento impugnato in data 25 febbraio 2017) che ingiustamente si assume non depositata.
- 3.1.4. Una volta che la copia del provvedimento notificato sia stata comunque acquisita agli atti, esso comporta anche una procedibilità del ricorso del PG sulla base del principio di diritto antiformalistico espresso da questa Corte a sezioni unite con la Sentenza n. 10648 del 2017 secondo cui «*in tema di giudizio di cassazione, deve escludersi la possibilità di applicazione della sanzione della improcedibilità, ex art. 369, comma 2, n. 2, c.p.c., al ricorso contro una sentenza notificata di cui il ricorrente non abbia depositato, unitamente al ricorso, la retata di notifica, ove quest'ultima risulti comunque nella disponibilità del giudice perché prodotta dalla parte controricorrente ovvero acquisita mediante l'istanza di trasmissione del fascicolo di ufficio.*».

- 3.1.5.** In tal modo deve intendersi irrilevante il fatto che poi lo stesso PG abbia tardivamente depositato e notificato tali documenti prima non versati in atti (come eccepito in memoria dai controricorrenti).
- 3.1.6.** In ogni caso, dal fascicolo del PG risulta depositata una copia del provvedimento impugnato con annotazione della sua notificazione, avvenuta in data 24 febbraio 2017 (data in cui risulta del pari apposto il visto da parte del PG).
- 4.** Una volta superati i problemi relativi all'eccepita improcedibilità, vengono in rilievo le eccezioni di inammissibilità sollevate, per diverse ragioni, nei riguardi dei due ricorsi: quello del PG e quello del Sindaco di Trento (non anche quello del Ministro dell'Interno, a cui l'eccezione non è stata mossa).
- 4.1.** Quella svolta nei riguardi del ricorso del Sindaco di Trento, fondata sul fatto che Egli non risulta (dalla stessa intestazione del provvedimento impugnato in questa sede) essere stato formalmente parte di quel giudizio, nonostante che il ricorso introduttivo gli sia stato notificato (presso l'Avvocatura distrettuale di Trento), secondo quanto si assume dagli odierni controricorrenti, solo come *litis denuntiatio*, pone sicuramente il problema dell'esatta definizione dell'oggetto del giudizio di merito (anch'esso contestato) e, quindi, della conseguente individuazione delle parti di quel giudizio.
- 4.1.1.** Ma, come si è accennato sopra, la questione incrocia il problema dell'identificazione delle parti nel giudizio ex art. 67 LDIP n. 218 del 1995, secondo cui «1. In caso di mancata ottemperanza o di contestazione del riconoscimento della sentenza straniera o del provvedimento straniero di volontaria giurisdizione, ovvero quando sia necessario procedere ad esecuzione forzata, chiunque vi abbia interesse può chiedere all'autorità giudiziaria ordinaria l'accertamento dei requisiti del riconoscimento.».
- 4.1.2.** La nozione di «interessato» al riconoscimento del provvedimento straniero di volontaria giurisdizione (qual è quello esaminato dai giudici di merito), difficilmente può portare all'esclusione del Sindaco come ufficiale di stato civile atteso che la stessa Corte territoriale afferma che l'oggetto della domanda giudiziale, pur costituito esclusivamente dal riconoscimento nell'ordinamento interno, ai sensi dell'art. 67 L. n. 218 del 1995, del provvedimento pronunciato dalla *Superior Court of Justice* dell'Ontario [con la quale si accertava la relazione di genitorialità tra il ...*omissis*... e i due bambini ...*omissis*... e si ordinava all'Ufficiale di stato civile di «emendare» l'atto di nascita dei due minori (così che il ...*omissis*... «sia aggiunto come genitore e risulti quale padre dei bambini») comunque ne comporta la successiva e dipendente richiesta di ordinare all'Ufficiale dello stato civile del Comune di Trento (ossia al Sindaco o al suo delegato) la trascrizione, ai sensi dell'art. 1, co. 28, lett. b) della l. n. 76 già menzionata, negli atti dello Stato civile di quel Comune.
- 4.1.3.** Del resto questa Corte ha già (condivisibilmente) osservato che tali clausole, che legittimano la presenza in giudizio di alcuni interessati, vanno lette in via prudenzialmente estensiva [cfr. ad es. Sez. 1, Sentenza n. 220 del 2013, secondo cui, in un caso in cui andava fatta applicazione dell'art. 31 della Convenzione di Lugano del 16 settembre 1988, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge 10 febbraio 1992, n. 198, ha affermato che «la legittimazione "della parte interessata" a richiedere l'exequatur di una sentenza straniera, va interpretato nel senso che "parte interessata" non è soltanto una delle parti del processo che ha dato luogo alla sentenza da eseguire. ma anche il cessionario del diritto accertato con la medesima decisione, in considerazione anche del fatto che l'art. 67 della legge n. 218 del 1995 riconosce tale legittimazione «a chiunque vi abbia interesse"»].
- 4.1.4.** Venendo qui in rilievo il ruolo del Sindaco come Ufficiale dello Stato civile di quel Comune, per l'adempimento della richiesta di correzione dello *status familiae* di tutti i protagonisti di questa vicenda, ben si giustifica la notifica anche a Lui del ricorso introduttivo (indipendentemente dalla volontà che oggi i controricorrenti manifestano solo come «*denuntiatio litis*») e il suo potere impugnatorio in Cassazione, per quanto Egli non si sia costituito nella fase di merito.
- 4.2.** Tuttavia, anche se non eccepita, la questione dell'ammissibilità della presenza in causa del Ministro dell'Interno deve essere sollevata d'ufficio e rimessa, al pari della questione relativa alla legittimazione del PG presso la Corte territoriale, al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite di questa Corte, costituendo anzitutto questa - a parere del Collegio - questione di massima di particolare importanza.
- 4.2.1.** La legittimazione del Ministro, quale titolare della funzione amministrativa esercitata dal Sindaco-Ufficiale di governo, in materia di tenuta dei registri anagrafici, è stata proposta in via prudenziale ed eventuale ma la Corte territoriale l'ha esclusa, nonostante che lo stesso abbia dedotto il suo interesse a contrastare la domanda in quanto possibile destinatario di richieste risarcitorie per eventuali danni sofferti dai ricorrenti, a causa del diniego della trascrizione dell'atto di stato civile. Secondo il giudice distrettuale, tuttavia, in difetto di concrete domande risarcitorie, l'interesse del Ministero non sarebbe attuale e, inoltre, perché nel giudizio in corso non troverebbe ingresso l'interesse alla regolare tenuta dei registri di stato civile.
- 4.2.2.** Ma è pur vero che il giudizio deve assicurare anche l'interesse dell'organizzazione pubblica alla uniforme tenuta dei registri dello Stato civile delle persone sicché al suo soddisfacimento non basta la legittimazione del Sindaco concretamente responsabile nel Comune ove la richiesta di annotazione abbia luogo essendo ravvisabile anche uno specifico interesse del Ministro dell'Interno, atteso che quest'ultimo,

per ovvie ragioni (ossia per la indubbia polverizzazione della figura sindacale nell'ambito del territorio nazionale), ha interesse a dare direttive e a conformare l'altrimenti spontanea iniziativa ed orientamento (variegato) di coloro che rivestono la carica.

- 4.3. Così anche il PG, a cui la Corte territoriale ha senza dubbio attribuito l'interesse ad essere presente nel giudizio instaurato, quello volto ad evitare che, nel nostro ordinamento giuridico, trovino ingresso provvedimenti contrari all'ordine pubblico in materia di stato delle persone; interesse direttamente tutelato dall'intervento del PG che, pur non imposto nella detta materia processuale (dopo l'abrogazione dell'art. 796, u. co., cod. proc. civ., ad opera dell'art. 73 della L. n. 218 del 1995 sul DIP), sarebbe consentito dal tipo di controversia involgente lo stato delle persone e dei minori.
- 4.3.1. È ben chiaro al Collegio che le Sezioni unite, in un noto caso (Sentenza n. 27145 del 2008), hanno enunciato la regola secondo cui «È inammissibile il ricorso per cassazione proposto dal P.G. presso la corte di appello avverso il decreto della medesima corte che accoglie l'istanza del tutore e del curatore *speciale di persona in stato vegetativo permanente diretta ad ottenere l'autorizzazione a disporre l'interruzione del trattamento di sostegno vitale artificiale realizzato mediante alimentazione con sondino nasogastrico (nella specie, in sede di rinvio, in applicazione del principio di diritto enunciato dalla S.C.), dal momento che il potere di impugnazione spetta al P.M. presso il giudice "a quo" solo contro le sentenze emesse nelle cause previste dall'art. 72, commi 3 e 4, cod. proc. civ. nonché in quelle che egli stesso avrebbe potuto proporre (art. 69 cod. proc. civ.), non invece nelle cause in cui deve intervenire a pena di nullità, pur se relative allo stato e alla capacità delle persone, tenuto conto che il potere di impugnazione "nell'interesse della legge" spetta solo al P.G. presso la S.C., ai sensi dell'art. 363 cod. proc. civ.; né tale limitazione del potere di impugnazione del P.N. presso il giudice "a quo" può ingenerare alcun dubbio di legittimità costituzionale, con riguardo ai profili di eguaglianza e ragionevolezza di cui all'art. 3 della Costituzione, essendo ragionevole il non identico trattamento di fattispecie connotate da un prevalente interesse pubblico (come quelle cui fa rinvio l'art. 69 cod. proc. civ.), solo in ragione del quale si giustifica l'attribuzione di più incisivi poteri anche impugnatori al P.N., rispetto a quelle nelle quali viene in rilievo un diritto personalissimo del soggetto di spessore costituzionale (qual è il diritto di autodeterminazione terapeutica in tutte le fasi, anche terminale, della vita) al cui esercizio è coerente che il P.M. non possa contrapporsi fino al punto di impugnare una decisione di accoglimento della domanda di tutela del titolare.»*
- 4.3.2. È pur vero, però che, ai sensi dell'art. 73 (*Attribuzioni generali del pubblico ministero*), u. co., della legge di ord. giud. (RD n. 12 del 1941) il PM «*Ha pure azione diretta per fare eseguire ed osservare le leggi d'ordine pubblico e che interessano i diritti dello Stato*».
- 4.3.3. L'esercizio di un tale potere, pertanto, riguarda proprio le «leggi di ordine pubblico» ed il loro novero da delimitare, sì che il problema, la cui soluzione si propone di rimettere all'esame delle Sezioni unite civili di questa Corte, s'intreccia proprio con la discussione, ampiamente svolta in questa sede, in ordine al presunto contrasto del provvedimento dell'autorità giudiziaria canadese, di cui si è dato l'*exequatur*, con l'ordine pubblico interno.
5. Si viene perciò ad incontrare il primo profilo di merito della controversia, ossia quello relativo al contrasto tra quanto pronunciato dalla *Superior Court of Justice* dell'Ontario [l'accertamento della relazione di genitorialità tra il ...*omissis*... e i due bambini ...*omissis*... con l'ordine diretto all'Ufficiale di stato civile di «emendare» l'atto di nascita dei due minori (così che il ...*omissis*... «sia aggiunto come genitore e risulti quale padre dei bambini»)] con la successiva, e dipendente richiesta, di ordinare all'Ufficiale dello stato civile del Comune di Trento (ossia al Sindaco o al suo delegato) di trascrivere il provvedimento [ai sensi dell'art. 1, co. 28, lett. b) della L. n. 76 già menzionata], negli atti dello Stato civile di quel Comune, ciò che forma oggetto dei primi due motivi del ricorso per cassazione del PG e del quinto mezzo del ricorso incidentale del Sindaco e del Ministro dell'Interno.
- 5.1. E poichè il giudice *a quo* ha richiamato la nozione, assai circoscritta, di «ordine pubblico», fatta propria dalla sentenza di questa stessa sezione n. 19599 del 2016 - con riferimento ai soli principi supremi o fondamentali e vincolanti della Carta costituzionale (e fra questi anche di quello relativo all'interesse superiore del minore, che avrebbero trovato riconoscimento e tutela nell'ordinamento internazionale e in quello interno), non anche in base alle norme costituenti esercizio della discrezionalità legislativa (quali ad es. la disciplina sulle unioni civili di cui alla legge n. 76 del 2016 o quella relativa alla fecondazione assistita, con i suoi divieti, di cui alla legge n. 40 del 2004), in materie connesse o direttamente implicate -, di tale rilevante problema si propone che siano ora investite le stesse Sezioni unite civili atteso che, di recente, Esse sembrano avere in parte dissentito dal menzionato arresto di questa sezione, con una pronuncia (n. 16601 del 2017), resa a proposito della possibilità di dare ingresso in Italia anche a decisioni, contenenti statuizioni positivamente date, circa i «danni punitivi», che non sono previsti dall'ordinamento italiano e che non corrispondono alla nostra tradizione giuridica.
6. Ovviamente tale problema suppone che sia del pari risolta la questione, sollevata, con il primo motivo del ricorso incidentale, dal Sindaco di Trento e dal Ministro dell'interno, i quali contestano l'esistenza al proposito di un potere giurisdizionale, in difetto di una norma e men che mai di una sua non consentita interpretazione «convenzionalmente orientata» (neppure sostenibile in base alla stessa giurisprudenza

CEDU), contenuta nel provvedimento impugnato e data dalla Corte *a quo*, che avrebbe - in tal modo superato il limite della propria giurisdizione, incorrendo in un eccesso di potere giurisdizionale per invasione alla sfera delle attribuzioni del legislatore (con richiamo alla sentenza delle Sezioni unite n. 20360 del 2013).

- 6.1. Tale mezzo di cassazione (proposto ex art. 360 n. 1 cod. proc. civ.), e sopra riassunto in parte narrativa, è infatti di esclusiva pertinenza delle Sezioni unite, ai sensi dell'art. 374, 1° co., cod. proc. civ. e comporta una rimessione necessitata alla cognizione di tale organo.
7. In conclusione, il Collegio osserva che la complessità e la rilevanza delle questioni richiamate [quelle preliminari, in ordine alla legittimazione delle parti (PG, Sindaco, Ministero dell'Interno); quelle di merito, con riguardo alla nozione di ordine pubblico, oltre che la appena menzionata contestazione della carenza assoluta di potere giurisdizionale, ex art. 360, n. 1, cod. proc. civ.], proposte con i riportati mezzi di cassazione, attenendo a delicatissimi e relevantissimi profili di diritto, comportano, per la loro soluzione, la risoluzione di questioni di massima di particolare importanza che, ai sensi dell'art. 374, secondo comma, ult. parte, cod. proc. civ., impongono la trasmissione dei ricorsi riuniti al Primo presidente per le sue valutazioni.

PQM

Rimette le cause riunite al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite Civili, in ragione e per la soluzione delle questioni, di cui in motivazione, di massima di particolare importanza, ai sensi dell'art. 374, secondo comma, ultima parte, codice di procedura civile.

...omissis...

*Corte d'Appello di Genova, prima sezione civile***Ordinanza del 1 settembre 2017, n. 1319**

RICONOSCIMENTO E TRASCRIZIONE DI PROVVEDIMENTI STRANIERI DI ADOZIONE – NON CONTRARIETÀ ALL'ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE – VALUTAZIONE IN CONCRETO DELL'INTERESSE DEL MINORE – CONTINUITÀ DELLE RELAZIONI AFFETTIVE – EFFICACIA DEI PROVVEDIMENTI STRANIERI E RICONOSCIMENTO AUTOMATICO DA PARTE DELL'UFFICIALE DELLO STATO CIVILE

Hanno efficacia in Italia i provvedimenti stranieri di adozione 'nazionale' di un minore, disposta in uno Stato estero a favore di una coppia coniugata dello stesso sesso, se rispondono all'interesse del minore di vedere valorizzato il suo diritto al tranquillo godimento dello status di filiazione. Non è dirimente, a tal fine, il fatto che in Italia l'istituto dell'adozione non sia aperto alle coppie dello stesso sesso considerato che questa esclusione non rappresenta un principio fondamentale dell'ordinamento, tale cioè da comportare che il diverso regime seguito dalla sentenza straniera concedente l'adozione rappresenti una violazione dell'ordine pubblico internazionale.

Riferimenti normativi: L. n. 218/1995; art. 28, lett. g, D.P.R. n. 396/2000

REPUBBLICA ITALIANA

CORTE D'APPELLO DI GENOVA
SEZIONE PRIMA CIVILE

...omissis...

ORDINANZA

...omissis...

premesse che:

il ricorrente (cittadino brasiliano per nascita e cittadino italiano *jure sanguinis*), ha chiesto accertarsi la sussistenza dei requisiti per la dichiarazione di efficacia nell'ordinamento italiano della sentenza resa in data 10.3.2016 dal Tribunale di Giustizia dello Stato Brasile, con la quale è stato concesso ad esso ricorrente ed a ...omissis... suo coniuge (cittadino francese per nascita, che ha acquisito la cittadinanza brasiliana), l'adozione del minore registrato a nome di ...omissis... ordinandone la trascrizione nei registri dello Stato civile del Comune di ...omissis... ex art. 28 lett. g D.P.R. n. 396/2000, oltre alla trascrizione del certificato di nascita del minore stesso.

Il Comune di ...omissis... cui il ricorrente aveva presentato copia della sentenza d'adozione munita di apostille e tradotta, perchè procedesse alla trascrizione, aveva, infatti, rifiutato di provvedervi, ritenendo che non fosse di competenza dell'Ufficiale di Stato civile il riconoscimento di sentenze straniere di adozione.

Afferma, al contrario, il ricorrente che la fattispecie in esame non attiene ad una adozione *straniera*, bensì ad una adozione nazionale, posta in essere da due cittadini stranieri, di cui uno anche cittadino italiano, residenti in Brasile, ove l'adozione si era perfezionata, sicchè dovendo egli opporsi al rifiuto del Comune, doveva applicarsi l'art. 67 L. 2178/1995 come riformato dalla D.lgs. L. 50/2011.

Nel merito, ha ricordato come sussistano tutti i requisiti di cui all'art. 65 L. 218/1995 per il riconoscimento della sentenza di adozione, poichè la giurisprudenza, anche di legittimità, negli ultimi anni ha

dato preminenza alla tutela del minore e al suo interesse alla continuità dello *status filiationis* validamente acquisito all'estero, senza che possa costituire lesione dell'ordine pubblico l'orientamento sessuale degli adottandi o la loro appartenenza allo stesso sesso.

+++

Il Comune di ...omissis... nel costituirsi in giudizio, ha preliminarmente eccepito l'incompetenza per grado della Corte d'Appello, dovendo, per l'opposizione al rifiuto opposto dal Comune, seguirsi la procedura di cui all'art. 95 D.P.R. 396/2000, e così presentarsi ricorso dinanzi il Tribunale di ...omissis... l'incompetenza per materia della Corte d'Appello, competente essendo il Tribunale per minorenni ex art. 41 c.2 L. 218/1995, art. 35 c.5 L. 184/1983 e art. 30 d.lgs. n. 2150/2011.

Ha, poi, rilevato come in Italia manchi una disciplina espressa che consenta il riconoscimento di sentenze straniere legittimanti l'adozione in casi esclusi dalla legge nazionale italiana, sicchè non avrebbe potuto operare, nella presente fattispecie, il meccanismo del riconoscimento automatico previsto dagli artt. 64 e ss. della L. 218/1995.

Inoltre, nonostante l'articolo art. 41 L. 218/1995 preveda al primo comma che il riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di adozione debba avvenire nelle forme previste dagli articoli 64, 65 e 66 della stessa legge, è in ogni caso fatta salva, ai sensi del 2° comma, l'applicazione delle norme speciali previste in materia di adozione dei minori, con la conseguenza che avrebbe dovuto applicarsi la L. 184/1983, secondo cui la materia è di competenza del Tribunale per i minorenni; da ciò doveva ritenersi discendere l'irritualità della domanda proposta nelle forme previste dall'art. 30 del d. lgs. 150/2011.

Il Procuratore Generale presso la Corte ha sollevato alcuni profili preliminari d'inammissibilità del ricorso, ritenendo che non siano stati soddisfatti i requisiti di cui all'art. 64 L. 218/1995, non avendo valore probatorio il doc. 10 - dichiarazione sostitutiva di atto notorio - siccome proveniente dalla stessa parte, e non potendo, quindi, attestare, efficacemente, che vi sia stato il rispetto delle disposizioni processuali brasiliane. Nel merito, in subordine, ha chiesto l'accoglimento del ricorso.

Osserva la Corte:

circa la procedura ex art. 67 L. 218/1995

Nel caso in esame si discute dell'adozione di due cittadini stranieri che hanno ottenuto, nel paese straniero di loro residenza, una sentenza di adozione secondo la normativa di quello Stato; non siamo in presenza, pertanto, di un'adozione internazionale, come anche rilevato dalla Procura Generale, ma di una adozione interna, nazionale brasiliana, sicchè nessun rilievo hanno i richiami fatti da parte del Comune resistente alla disciplina dell'adozione internazionale ed alla necessità di fare ricorso al Tribunale dei Minori.

Infatti, come si legge nella sentenza n. 76/2016 della Corte Costituzionale: "L'art. 41 L. 31 maggio 1995 n. 218 prevede due diversi procedimenti per giungere al riconoscimento di provvedimenti stranieri di adozione. Il comma 1 stabilisce, quale regola di carattere generale, un riconoscimento "automatico" dei provvedimenti stranieri in materia di adozione, attraverso il rinvio agli art. 64, 65 e 66 della medesima legge. Il comma 2, invece, opera un riferimento alla disciplina contenuta nella L. 4 maggio 1983 n. 184 e dunque, anzitutto, agli art. 35 e 36 di tale legge, i quali prevedono che il riconoscimento in parola sia subordinato ad un vaglio da parte del tribunale per i minorenni. L'applicazione della legislazione speciale in materia di riconoscimento di adozione internazionale di minori con può che escludere il contemporaneo rinvio alle disposizioni ordinarie sul riconoscimento "automatico" dei provvedimenti stranieri", da cui la diversa competenza, nel primo caso della Corte d'Appello, nel secondo del Tribunale per i minorenni".

Dunque, non sussiste alcuna ragione per l'applicazione dell'art. 41 c.2 L. 218/1995, dovendo valere la disciplina generale dettata dall'art. 41 comma 7 L. cit. secondo cui, appunto, "i provvedimenti stranieri in materia di adozione sono riconoscibili in Italia ai sensi degli artt. 64, 65 e 66".

Pertanto, il sig. ...omissis... vistosi rifiutare la trascrizione della sentenza di adozione, dal Sindaco del Comune di ...omissis... quale Ufficiale di Governo, Ufficiale dello Stato Civile ai sensi dell'art. 1 D.P.R. n. 396/2000, trascrizione che rientra certamente tra i compiti ad esso spettanti ai sensi dell'art. 28 D.P.R. cit., non poteva che instaurare il procedimento dinanzi la Corte d'Appello ex 67 L. 218/1995 che richiama, ora, l'art. 702 bis cpc, essendo solo la Corte d'Appello competente a verificare la sussistenza dei requisiti del riconoscimento, ai sensi della normativa in materia di diritto internazionale privato.

Deve poi condividersi quanto affermato da parte ricorrente secondo cui, per quanto lo Stato civile non sia una vera e propria controparte, non trattandosi appunto di un'opposizione ad un rifiuto del suo Ufficiale responsabile, la struttura del giudizio sotto l'aspetto processuale si atteggia come se lo fosse, imponendosi la sua notifica.

circa l'eccezione preliminare di inammissibilità del ricorso avanzata dal Procuratore Generale:

L'eccezione attiene al fatto che grava sul ricorrente dimostrare le *"condizioni necessarie alla verifica di conformità dei provvedimenti stranieri ex art. 64 ss legge n. 278/7995"*.

Ritiene la Corte che nel caso in esame la verifica delle condizioni di ammissibilità non deve farsi in relazione all'art. 64 della L. n. 218/1995, che indica varie condizioni (di cui alle lettere da a) a f)) che, però, più propriamente si riferiscono a procedimenti contenziosi (cui fanno riferimento sia la *regolare integrazione* del contraddittorio, che la *regolare costituzione* del convenuto o l'esistenza di un *giudicato*, o l'istituto della *litispendenza*).

Essendo qui in discussione, invece, il riconoscimento di una sentenza di adozione, si dovrà applicare l'art. 65 che riguarda proprio: *"i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone, nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità..."* sicché il riconoscimento dei provvedimenti stranieri potrà avvenire quando si accerti che sussista la competenza dell'autorità che ha emesso il provvedimento e che detti provvedimenti producano effetti nello stato in cui sono stati emessi, e *"purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa"* (cfr. art. 65).

Circa la competenza dell'autorità che ha emesso il provvedimento in esame, si osserva che l'art. 38 della L. 218/1995 specificamente prevede che *"i presupposti la costituzione e la revoca dell'adozione sono regolati dal diritto nazionale dell'adottante, e degli adottandi se comune o, in mancanza, dal diritto dello Stato nel quale gli adottanti sono entrambi residenti, ovvero da quella dello Stato nel quale la loro vita matrimoniale è prevalentemente localizzata al momento dell'adozione"* sicché non pare dubbio che il Tribunale di ...omissis... Brasile, Stato di cui il ...omissis... è cittadino, e di cui il ...omissis... è divenuto cittadino, e, comunque, Stato di residenza di entrambi, sia l'autorità competente ex art. 38 DIP. Circa il rispetto dei diritti essenziali della difesa, poi, non si condivide l'opinione espressa dal ricorrente secondo cui si tratterebbe soltanto, da un lato, dei diritti degli adottandi, dall'altro di quelli del minore di cui si decide l'adozione, poichè devono senz'altro tutelarsi anche i diritti di difesa del genitore naturale.

Sotto questo profilo, però, viene allora in soccorso, non tanto il doc. 10 (che risulta essere una mera autocertificazione del ricorrente, e, pertanto, può costituire un elemento indiziario, ma non ha una rilevanza probatoria piena), ma il doc. 15, che, essendo la dichiarazione resa dal Giudice del Tribunale di Giustizia di ...omissis... in data 4.5.2016, che attesta che si è trattato di adozione nazionale, ed in cui si dà anche conferma che la procedura si è svolta nel rispetto dei requisiti e delle condizioni richieste dalla legge nazionale brasiliana per la dichiarazione dello stato di adottabilità prima e dell'adozione poi, e che il minore è diventato *dinanzi la legge civile brasiliana loro legittimo figlio*.

Tale attestazione vale a superare i dubbi sollevati dalla Procura e posti a base della prospettata inammissibilità del ricorso.

circa la contrarietà all'ordine pubblico:

Osserva preliminarmente la Corte che la violazione dell'ordine pubblico non può essere conseguenza della inderogabilità di una norma interna, sicché a nulla rileva il fatto che, come sottolinea il Comune, perlomeno nel caso dell'adozione speciale, l'art. 35, comma 3 L. 184/1983 preveda che il Tribunale accerti che l'adozione non sia contraria ai principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori, e che tra questi principi vi sia anche quello secondo cui l'adozione è permessa solo a coniugi *"uniti in matrimonio"* (ex art. 6 della legge cit.) e che il matrimonio, nell'ordinamento italiano, sia consentito solo a persone di sesso diverso.

Per la stessa ragione, non possono avere rilievo neppure i riferimenti fatti dal Comune alla pronuncia CEDU 24 giugno 2010, Prima Sezione, caso Schalk e Kopf contro Austria, ovvero alla sentenza della CEDU del 21 luglio 2015, Oliari ed altri c. Italia, che non hanno espresso alcuna valutazione circa la conformità o meno di un'adozione come quella in esame, ai principi di ordine pubblico, ma più limitatamente, si sono pronunciate in merito alla necessità di consentire agli Stati uno spazio di discrezionalità in merito alla possibilità o meno, di prevedere nei loro ordinamenti il matrimonio di coppie omosessuali, imponendo, però, di riconoscere il diritto delle persone dello stesso sesso a vedere disciplinata e protetta la loro unione da uno specifico quadro normativo.

Deve poi notarsi come, fin da epoca risalente, il Supremo Collegio (cfr. Cass.civ, sez. I, 11/01/1988, n. 67 resa in tema di deliberazione di sentenza d'adozione resa da Giudice straniero seppure nel regime previgente la riforma introdotta per le adozioni dalla L.184/1983, ed in tema di adozione di minore), ebbe ad affermare che l'ordinamento interno, si apre al riconoscimento dei valori giuridici stranieri:

“ove non collidano con principi fondamentali del sistema (ordine pubblico internazionale. v. Cass. 1714-1985) ancorché divergano da singole norme interne, che, quantunque non derogabili dalle convenzioni private, a tali principi non sono ascrivibili (ordine pubblico interno). Non è sufficiente, pertanto, la inderogabilità della norma per assegnarla all'ordine pubblico internazionale: a questo fine, occorre, altresì, che essa esibisca il connotato della “fondamentalità”, da accertare caso per caso alla luce delle direttive che il sistema propone” (Cassazione civile, sez. I, 11/01/1988, n. 67).

La circostanza, quindi, che l'odierno ricorrente chieda che venga dichiarata l'efficacia nell'ordinamento italiano di una sentenza di adozione di un minore in un caso che sarebbe escluso dalla legge nazionale italiana perchè disposta a favore di una coppia omosessuale, il cui matrimonio è stato trascritto in Italia nel registro provvisorio previsto dal DPCM n. 144/2016 con i soli effetti dell'unione civile ai sensi della L. 76/2016, in un caso escluso, quindi, dalla legge nazionale italiana, non è dirimente.

Nè lo è la circostanza che l'ordinamento italiano non contempli, nemmeno nella forma della *cd. stepchild adoption*, l'adozione di minori da parte di persone non unite in matrimonio e dello stesso sesso, non avendola il legislatore prevista neppure in occasione della recente L. 76/2016 relativa, appunto, alle unioni civili.

Non sono, poi, pertinenti le argomentazioni svolte dal Comune alla luce dell'art. 36, comma 4, della legge n. 184 del 1983, che riguarda la *diversa* ipotesi di adozione speciale, trattandosi qui di valutare, quindi, non se la legge italiana consenta una adozione come quella in esame, pacifica essendo la risposta negativa, ma solo se, invece, vi sia un qualche principio fondamentale nella normativa interna per cui detta adozione si ponga come contraria all'ordine pubblico.

Va, allora, ricordato che, secondo Cassazione civile, sez. III, 22/08/2013, n. 19405: *“A gli effetti del diritto internazionale privato, l'ordine pubblico che - anche ai sensi dell'abrogato art. 31 delle preleggi, applicabile “ratione temporis” - impedisce l'ingresso nell'ordinamento italiano della norma straniera che vi contrasti si identifica con l'“ordine pubblico internazionale”, da intendersi come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico o fondati su esigenze di garanzia, comuni ai diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo.”*

Sul punto, il Supremo Collegio, in un caso in cui si discuteva del ben più delicato problema della trascrizione di un atto di nascita spagnolo, di un minore indicato come figlio di due madri siccome concepito con ovulo di una delle due donne costituenti la coppia, a seguito di inseminazione da donatore esterno alla coppia stessa, e con gestazione della seconda madre, ha avuto modo di affermare che: *“Posto che l'ordine pubblico osta al riconoscimento di efficacia in Italia di un atto di stato civile straniero non già allorché questo sia espressione di una disciplina normativa contrastante con disposizioni anche imperative o inderogabili di diritto interno, ma solo quando il diritto straniero di riferimento sia incompatibile con la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo desumibili dalla Costituzione, dai trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il giudice può disporre la trascrizione dell'atto di nascita straniero (nella specie, spagnolo) nel quale, conformemente alla legge di quel paese, risulti la nascita di un figlio da due donne, una (spagnola) che l'ha partorito, l'altra (italiana) che ha donato l'ovulo, tanto nell'ambito di un progetto genitoriale realizzato dalla coppia, ivi coniugata, in quanto non collidono con l'ordine pubblico, come sopra delineato: 1) la circostanza che la tecnica riproduttiva utilizzata, comunque non rapportabile alla maternità surrogata, non sia riconosciuta dall'ordinamento italiano; 2) il contrasto con la disposizione di cui all'art. 269, comma 3, c.c., secondo cui è madre solo colei che ha partorito, trattandosi oltretutto di disposizione sulla prova della filiazione; 3) l'essere la coppia genitoriale composta da persone dello stesso sesso, unite da stabile legame affettivo, posto che nessun principio, tanto più di rilevanza costituzionale, preclude a costoro di accogliere, allevare, nonché generare figli, anche considerato che la discendenza biologica non è ormai più requisito essenziale della filiazione; di contro, si deve aver riguardo al principio, di rilevanza costituzionale primaria, di tutela dell'interesse superiore del minore, che si sostanzia anche nel suo diritto alla continuità dello status di filiazione, nella specie con riferimento a due donne, ad entrambe le quali è biologicamente legato, validamente acquisito all'estero, oltretutto in altro paese dell'Ue.” (Cassazione civile, sez. I, 30/09/2016, n. 19599).*

Ma proprio recentissimamente la Cassazione (cfr. sez. I, 15/06/2017, (ud. 26/10/2016, dep. 15/06/2017), n. 14878, facendo il punto dell'evoluzione giurisprudenziale in materia ha precisato come: *“Quanto alla nozione di ordine pubblico, si distingue correntemente tra ordine pubblico internazionale e interno, costituendo il primo un limite all'applicazione del diritto straniero, il secondo, un limite all'autonomia privata, indicato dalle norme imperative di diritto interno. Al riguardo si è pronunciata ripetutamente questa Cort. (tra le altre, Cass. N. 17349 del 2002, Cass. S.U. n. 19809 del 2008), per cui quello richiamato dall'art. 16 L. 218 del 1995 (e, necessariamente, pure dall'art. 18 D.P.R. n. 396) non è l'ordine pubblico interno, bensì l'ordine pubblico internazionale, costituito “dai principi fondamentali e caratterizzanti l'atteggiamento etico-giuridico dell'ordinamento in un determinato periodo storico: dunque in oggi il complesso di principi a carattere generale, intesi alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, spesso sanciti da dichiarazioni o convenzioni internazionali”. Il giudice italiano deve dunque esaminare la contrarietà all'ordine pubblico internazionale dell'atto estero, con riferimento ai principi della nostra Costituzione, ma pure, tra l'altro, alla Dichiarazione ONU dei Diritti dell'Uomo, alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, ai Trattati Fondativi e alla Carta dei diritti fondamentali della*

Unione Europea e, con particolare riferimento alla posizione del minore e al suo interesse, alla Dichiarazione ONU dei diritti del Fanciullo, alla Convenzione ONU dei Diritti del Fanciullo, alla Convenzione Europea di Strasburgo sui diritti processuali del minore"

In questa sentenza la Corte, richiamati gli art. 12 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, gli artt. 8 e l'art. 14, riguardo al rispetto della vita privata e familiare e al divieto di ogni discriminazione fondata sul sesso e su ogni altra condizione; la Carta Europea dei diritti fondamentali (all'origine Carta di Nizza del 2000), e soprattutto il preminente interesse del minore, sancito nella Dichiarazione ONU dei diritti del Fanciullo, ha valorizzato il suo diritto a: *"godere di una particolare protezione così da svilupparsi in modo sano e normale, fisicamente, intellettualmente, moralmente, spiritualmente e socialmente, in condizioni di libertà e dignità (art. 2) al nome e ad una nazionalità (art. 3)..."*.

Inoltre la Corte ha ricordato, non solo che l'art. 23 Reg. C.E. n. 2201 del 2003 stabilisce espressamente che la valutazione dell'ordine pubblico *"deve effettuarsi, tenendo conto del preminente interesse del minore"* ma anche che: *"al fine di valutare il contenuto dell'ordine pubblico internazionale, almeno per quanto attiene agli Stati componenti del Consiglio d'Europa, è sicuramente relevantissima la giurisprudenza della Corte EDU, interpretativa della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (al riguardo, Corte Cost. n. 317 del 2009) richiamando in proposito che la Corte ha riconosciuto ripetutamente la preminenza dell'interesse del minore "da valutarsi in concreto, nonché il suo diritto al riconoscimento ed alla continuità delle relazioni affettive, anche in assenza di vincoli biologici ed adottivi con gli adulti di riferimento, all'interno del nucleo familiare e. Corte EDU, 1376/1979, M. v. Belgio; 26757/1994, K. v. Irlanda, 2774/2010, M. e B. v. Italia, 27/1/2015, P. e C. v. Italia, ove espressamente si afferma che l'esigenza di tutelare l'ordine pubblico non può utilizzarsi in modo automatico senza prendere in considerazione l'interesse del minore e la relazione genitoriale, indipendentemente dal legame genetico (la pronuncia è stata riformata dalla Grande Chambre, con sentenza del 24/1/2017, che peraltro non ha modificato il principio suindicato)."*

Nel caso in esame risulta che il piccolo ...omissis... è stato affidato, all'età di dodici mesi, al ricorrente ed al suo coniuge, nel giugno 2015, ed è divenuto loro figlio con sentenza passata in giudicato il 13.4.2016; il piccolo, quindi, ha già trascorso presso il nucleo familiare due anni, per di più particolarmente significativi nello sviluppo della vita affettiva e psichica di un individuo, sicché è certamente da valorizzare il suo diritto al tranquillo godimento dello status di filiazione, che passa anche attraverso la trascrizione della sentenza di adozione qui in esame.

Incidentalmente, si ricorda, poi, che lo stesso Comune resistente ha affermato che *"il legislatore nazionale, coerentemente con il disposto dell'articolo 6 della Convenzione europea in materia di adozione di minori, firmata a Strasburgo il 24 aprile 1967 e ratificata dall'Italia con la legge 22 maggio 1974, n. 357, ben potrebbe prevedere, nel concorso di particolari circostanze, ad un ampliamento dell'ambito di ammissibilità dell'adozione legittimante di minore da parte di una singola persona e da parte di coppie non unite in matrimonio"* così implicitamente avvalorando l'opinione per cui non vi è alcun principio fondamentale che sia di ostacolo ad una simile evoluzione della normativa anche in sede nazionale.

Conclusivamente, ritiene, pertanto, il Collegio che seppure l'istituto dell'adozione non sia prevista nella normativa per le coppie omosessuali e di fatto, tale esclusione non rappresenti affatto un principio fondamentale dell'ordinamento, sicché deve escludersi che il diverso regime seguito dalla sentenza straniera in esame rappresenti una violazione dell'ordine pubblico.

Il ricorso, quindi, deve essere accolto.

Stante la novità delle questioni trattate, sussistono gli estremi per la compensazione integrale delle spese del presente procedimento.

PQM

la Corte d'Appello di Genova:

1. dichiara l'efficacia nella Repubblica Italiana della sentenza del Tribunale di Giustizia dello Stato ...omissis..., BRASILE, nel processo digitale, ...omissis... in data 10.3.2016 e passata in giudicato in data 13.4.2016;
2. ordina la trascrizione della suddetta sentenza nei registri dello Stato Civile del Comune di ...omissis...
3. ordina la trascrizione del certificato di nascita del minore ...omissis... nei registri dello Stato Civile del Comune di ...omissis...
4. dispone la compensazione integrale delle spese del presente procedimento.

...omissis...

Tribunale di Perugia, prima sezione civile

Ordinanza 10 luglio 2017

COPPIA DELLO STESSO SESSO CONIUGATA ALL'ESTERO – TRASCRIZIONE – LEGITTIMITÀ DEL RIFIUTO – QUALIFICAZIONE DEL MATRIMONIO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO COME ETEROSESSUALE – DIVERSITÀ DI ISTITUTI IN BASE ALL'ORIENTAMENTO SESSUALE DELLA COPPIA – CONFORMITÀ CON I PARAMETRI COSTITUZIONALI E SOVRANAZIONALI

Non è possibile trascrivere in Italia il matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero poiché, oltre all'attuale persistente inesistenza e conseguente inefficacia nell'ordinamento italiano dell'istituto del "matrimonio" tra persone dello stesso sesso, ove si ammettesse tale trascrizione si finirebbe per eludere la disciplina interna caratterizzata da due istituti diversi e separati, coerentemente con i principi costituzionali e sovranazionali, e per garantire alle coppie same sex coniugate all'estero un trattamento ingiustificatamente diverso da quello riservato alle coppie che abbiano celebrato in Italia l'unione civile.

Riferimenti normativi: artt. 2, 3, 29 e 117 della Costituzione; artt. 8 e 14 Cedu; art. 134-bis, co. 3, lett. a) del R.D. 1238/1939; art. 32-bis L. 218/95; art. 1, co. 28, lett. b), L. 76/16.

TRIBUNALE DI PERUGIA
Prima Sezione Civile

...omissis...

ha emesso la seguente
ORDINANZA

letti gli atti del procedimento avente ad oggetto: ricorso ex art. 5 co. I D.P.R. 396/00, iscritto al n. 1616/15 V.G., promosso da ...omissis..., rappresentati e difesi dagli avv.ti ...omissis... del foro di Roma, ...omissis..., e ...omissis... del foro di Perugia, nei confronti del Sindaco del Comune di Perugia quale Ufficiale di Stato Civile, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Perugia ed il Comune di Perugia, in persona del Sindaco *pro-tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti ...omissis...;

Premesso

Che con ricorso depositato il 2.10.15 ...omissis... chiedevano dichiararsi l'illegittimità del rifiuto dell'Ufficiale dello Stato Civile del Comune di Perugia di trascrizione dell'atto di matrimonio da essi contratto all'estero il 4.09.14, deducendo - in estrema sintesi - l'insussistenza di qualunque ipotesi di contrarietà all'ordine pubblico ostativa alla trascrizione e facendo leva sul carattere meramente dichiarativo del detto adempimento amministrativo;

che il Sindaco del Comune di Perugia, costituitosi per chiedere il rigetto del ricorso, deduceva che la trascrizione del matrimonio omosessuale contratto all'estero tra cittadini italiani fosse preclusa dal difetto di uno degli indispensabili contenuti dell'atto di matrimonio, ossia la diversità di sesso tra i nubendi, oltre che dalla inidoneità del detto matrimonio a produrre, nel nostro ordinamento, effetti giuridici;

che il Comune di Perugia si costituiva per sentire affermare la legittimità e doverosità dell'agire degli uffici ed organi interessati alla luce della normativa vigente al momento del rifiuto;

che nelle more del giudizio è entrata in vigore la legge n. 76 del 20 maggio 2016, avente ad oggetto la "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze", che tra l'altro ha delegato il Governo all'adozione dei decreti legislativi in materia di unione civile tra persone dello stesso sesso e di adeguamento dei registri dello stato civile;

che anche a seguito dell'entrata in vigore della legge sulle cd. unioni civili i ricorrenti hanno insistito comunque per l'accoglimento della domanda di trascrizione nel registro degli atti di matrimonio sì

come avanzata in ricorso ed hanno altresì chiesto al Tribunale di dichiarare rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale – per violazione degli artt. 2, 3, 29 e 117 Cost., quest’ultimo sotto il profilo della violazione degli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali – degli articoli:

- 134-bis comma 3 lett. a) del R.D. 1238/1939, nella parte in cui stabilisce che, nel registro delle unioni civili di cui all’art. 14 co. 1 n. 4-bis del R.D. 1238/1939, debbano trascriversi gli atti di matrimoni tra persone dello stesso sesso avvenuti all’estero;

- 1 c. 28 lett. b) l. 76/16 nella parte in cui prevede “l’applicazione della disciplina dell’unione civile tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi italiane alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all’estero matrimonio”;

- 32-bis l. 218/95, nella parte in cui prevede che il matrimonio contratto all’estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso produca gli effetti dell’unione civile regolata dalla legge italiana;

che all’udienza del 19.05.17 i difensori discutevano la causa, che veniva rimessa alla decisione dal Collegio;

Osserva

Oggetto dell’odierno decidere è la legittimità del rifiuto emesso il 2.09.15 dall’Ufficiale dello Stato Civile del Comune di Perugia alla richiesta di trascrizione nei registri dello stato civile dell’atto di matrimonio contratto all’estero dai ricorrenti, cittadini italiani dello stesso sesso.

Nel provvedimento impugnato l’Ufficiale dello Stato Civile motivava il rifiuto di procedere alla trascrizione facendo riferimento alla inesistenza, per il nostro ordinamento, del matrimonio tra persone dello stesso sesso, ed al fatto che la disciplina interna in tema di matrimonio è costruita sul presupposto della diversità di sesso tra gli sposi.

Il detto provvedimento, a parere del Collegio, è da ritenersi perfettamente legittimo alla luce della disciplina vigente al momento della sua emissione, dunque all’interno di un quadro normativo che, dando luogo a un evidente vuoto di tutela, non prevedeva nell’ordinamento alcuna forma di regolamentazione delle unioni affettive composte da persone dello stesso sesso.

Invero, prima della novella legislativa introdotta con L. 76/16, nel nostro ordinamento la pretesa di trascrizione del matrimonio contratto all’estero tra persone dello stesso sesso non poteva trovare accoglimento, per le ragioni di seguito brevemente esposte.

La diversità di sesso, pur non espressamente indicata negli artt. 84 e ss. c.c. tra le condizioni necessarie per contrarre matrimonio, doveva ritenersi presupposto implicito dell’istituto matrimoniale, alla luce di una interpretazione sistematica delle norme regolatrici della materia, che indicavano (ed indicano) in più momenti i contraenti il matrimonio come “marito” e “moglie”, sì da escludere che potesse darsi luogo ad una interpretazione estensiva dell’istituto, inclusiva del matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Del resto, la Corte Costituzionale, più volte chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle norme regolatrici del matrimonio, aveva offerto chiaro e motivato riscontro alla connotazione eterosessuale del matrimonio, a mezzo di alcune pronunce nelle quali evidenziava come, in coerenza con i principi giurisprudenziali di matrice sovranazionale, fosse da ritenersi demandata all’intervento del legislatore la regolamentazione delle unioni omosessuali (cfr. C. Cost. 138/10; C. Cost. 170/14).

Nemmeno poteva trarsi, infatti, dagli approdi della Corte di Strasburgo, aventi obiettivo rilievo evolutivo, l’estensione in via analogica del diritto di contrarre matrimonio a persone dello stesso sesso.

La Corte europea dei diritti dell’uomo in più di una occasione, pur dando atto di un emergente consenso generale europeo nei confronti del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali, aveva riconosciuto e garantito l’esistenza di un certo margine di discrezionalità “nella scelta del momento dell’introduzione delle modifiche legislative” (par. 105) per quanto riguardava il “preciso status conferito dal mezzo di riconoscimento alternativo” (par. 108); aveva, ancora, dato atto che sebbene sussistesse l’obbligo per gli Stati membri di fornire strumenti giuridici di riconoscimento e tutela per le unioni omosessuali, alle quali doveva essere garantita, alla stregua dell’art. 8 della Convenzione, una prospettiva di vita privata e familiare, non sussisteva obbligo di consentire l’accesso al matrimonio per le coppie dello stesso sesso: “...gli stati sono tuttora liberi, a norma dell’art. 12 della convenzione, nonché dell’art. 14 in relazione all’art. 8, di limitare l’accesso al matrimonio alle coppie eterosessuali” (par. 108) (cfr. Corte eur. diritti dell’uomo, 24 giugno 2010, *Schalk and Kopf c. Austria*).

Il riferito approccio alla questione aveva trovato conferma anche in decisione successive della Corte europea, nelle quali si era ribadito: che l’art. 12 della Convenzione non impone agli Stati l’obbligo di aprire il matrimonio alle coppie omosessuali; che anche quando gli Stati decidono di offrire alle coppie

omosessuali un'altra forma di riconoscimento giuridico, essi beneficiano di un certo margine di apprezzamento per decidere la natura esatta dello *status* da riconoscere; che, pur in presenza di ulteriori estensioni da parte di Stati contraenti del matrimonio a *partner* omosessuali, l'art. 12 non può essere interpretato come se esso ponga in capo agli Stati l'obbligo di concedere l'accesso al matrimonio alle coppie omosessuali (decisione 15.03.2012, *Gas and Dubois* c. Francia).

Dunque la giurisprudenza di Strasburgo, nel ribadire l'esistenza di una riserva assoluta di legislazione nazionale sulla regolamentazione della fattispecie - pur ritenuta necessaria -, mai ha imposto o considerato necessaria a garantire il rispetto dei principi della Convenzione l'estensione alle coppie *same sex* del diritto di contrarre matrimonio.

Non dissimile la posizione assunta, nel panorama applicabile *ratione temporis*, dalla Suprema Corte di Cassazione, tra le altre con la nota pronuncia n. 4184/12, nella quale si offriva argomentata risposta negativa alla questione se due cittadini italiani dello stesso sesso che avessero contratto matrimonio all'esterno fossero o meno titolari del diritto alla trascrizione del relativo atto nel corrispondente registro dello stato civile italiano; nella richiamata pronuncia, la Corte argomentava escludendo la pertinenza del richiamo alla contrarietà all'ordine pubblico, certamente non integrata, ma alla luce della più radicale e previa ragione della non riconoscibilità dell'atto di matrimonio legittimamente contratto all'estero per via della inidoneità a produrre effetti giuridici nell'ordinamento giuridico interno, ove la "consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio", tradizionalmente fondato su antichissime e condivise tradizioni, postula la diversità di sesso tra i coniugi.

Quanto fin qui detto vale a palesare la legittimità del rifiuto opposto dall'Ufficiale dello Stato Civile alla richiesta di trascrizione avanzata dai ricorrenti, non potendo ritenersi esistente, alla luce della disciplina vigente al momento dell'emissione, un diritto alla trascrizione nei registri degli atti di matrimonio delle unioni *same sex* celebrate all'estero.

I ricorrenti hanno quindi chiesto al Tribunale di sollevare questione di legittimità costituzionale degli artt. 134-bis comma 3 lett. a) del R.D. 1238/1939, 1 c. 28 lett. b) l. 76/16 e 32-bis l. 218/95, perché - nelle parti specificamente sopra indicate - violative degli artt. 2, 3, 29 e 117 Cost., con particolare riguardo agli artt. 8 ("diritto al rispetto della vita privata e familiare") e 14 ("divieto di discriminazione") della CEDU, nella misura in cui i coniugi *same sex* che abbiano celebrato matrimonio all'estero sono irragionevolmente soggetti ad un trattamento differenziato (trascrivibilità del matrimonio nel registro delle unioni civili) rispetto a quello delle coppie sposate all'estero composte da persone di sesso diverso (trascrivibilità dell'atto nel registro degli atti di matrimonio). Lamentano i ricorrenti che la disciplina di cui alla L. 76/16 darebbe luogo a un ingiustificato declassamento degli effetti del matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso.

La censura è manifestamente infondata, perché muove dal non condivisibile presupposto che il matrimonio tra persone di sesso diverso ed il matrimonio tra persone dello stesso sesso siano situazioni omogenee, parificabili e perciò meritevoli di identica disciplina, pena la violazione del principio costituzionale dell'eguaglianza.

Così però non è, come già ampiamente spiegato sopra osservando il fenomeno sotto diversa angolazione, specificamente mirata a verificare eventuali profili di illegittimità dell'impugnato rifiuto.

In particolare:

Che le due fattispecie considerate siano ontologicamente diverse e che il matrimonio tra persone dello stesso sesso possa essere normato, regolamentato e tutelato da legislatore nazionale con modalità diverse, in tutto o in parte, da quelle tradizionalmente adottate a presidio dell'istituto matrimoniale è il presupposto, legittimo, su cui si fonda non solo l'impianto normativo tutto della legge cd. Cirinnà, ma anche le riflessioni della giurisprudenza costituzionale, di legittimità e sovranazionale che hanno preceduto e ispirato la novella legislativa.

Nel momento in cui si affermi - come nelle sopra riportate pronunce della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e della Corte Europea dei diritti dell'uomo - che la mancata estensione (pur astrattamente possibile ed infatti operata in alcuni stati membri) del modello matrimoniale alle unioni composte da persone dello stesso sesso non comporta lesione dei parametri costituzionali e sovranazionali della dignità umana, dell'uguaglianza e del diritto di esplicazione della personalità di ciascuno all'interno delle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost., si legittima la scelta di offrire una forma di tutela legislativa differenziata e da tale opzione non deriva, *ex se*, un contrasto con i principi costituzionali, che solo sarebbe ipotizzabile ove si muovesse dal presupposto, non integrato, della identità di situazioni sostanziali.

L'avvenuto riconoscimento per le coppie *same sex*, a mezzo della L. 76/16, di un articolato nucleo comune di diritti e di doveri di assistenza e di solidarietà tipici delle relazioni affettive di coppia e la certa, doverosa, riconducibilità nell'alveo delle formazioni sociali dirette allo sviluppo della personalità umana, pur realizzato tramite una disciplina solo in parte sovrapponibile a quella che caratterizza le

unioni matrimoniali, è opzione di politica legislativa esente da censure di legittimità costituzionale fondate sulla sostanziale inaccessibilità allo statuto matrimoniale.

Il matrimonio, in altri termini, era e rimane - allo stato della disciplina attuale - istituto diverso e separato rispetto alle unioni civili perché fondato, in coerenza con la tradizionale e risalente concezione cui si accennava sopra, sulla diversità di sesso dei nubendi. Per tale ragione, la pretesa di eguali effetti giuridici, in cui inevitabilmente si sostanzia la domanda di iscrizione nel medesimo registro dello stato civile, non può trovare tutela.

Alla luce delle esposte considerazioni - ed in sintesi della scelta, pienamente legittima, del nostro legislatore di offrire alle coppie formate da persone dello stesso sesso una qualificazione giuridica ed una disciplina del tutto peculiare, che le distingue dalle unioni matrimoniali - oltre che della attuale persistente inesistenza e conseguente inefficacia, nell'ordinamento, dell'istituto del "matrimonio" tra persone dello stesso sesso, non possono condividersi le censure di incostituzionalità relative alla presunta sussistenza di un trattamento discriminatorio.

Il fatto che le coppie *same sex* che abbiano contratto matrimonio all'estero debbano e possano trascrivere il detto atto nel registro delle unioni civili di cui all'art. 134-bis co. 3 lett. a) del R.D. 1238/1939 e non, come le coppie formate da persone di sesso diverso unite in matrimonio all'estero, nel registro degli atti di matrimonio, non da luogo in quest'ottica - diversamente da quanto sostenuto dai ricorrenti - ad alcuna forma di discriminazione fondata sul sesso e sull'orientamento sessuale, venendo in rilievo formazioni sociali aventi caratteristiche, peculiarità e genesi normativa non omogenee, sebbene aventi in parte profili di obiettiva somiglianza. La detta soluzione appare invece perfettamente coerente con il quadro di garanzie offerto all'istituto delle cd. unioni civili dalla L. 76/16, che costituisce espressione di una legittima scelta politica di regolamentazione differenziata delle unioni stabili omosessuali rispetto al matrimonio.

Anzi - anche tenuto conto che i ricorrenti dichiarano di non voler mettere in discussione la certa inammissibilità, nel nostro ordinamento, del matrimonio omosessuale - non può trascurarsi di osservare come è proprio applicando lo schema di ragionamento suggerito dai medesimi che si darebbe luogo ad ingiustificato trattamento differenziato della coppia omosessuale che abbia contratto matrimonio all'estero rispetto a quella che abbia contratto matrimonio in Italia.

In altri termini, ove si ammettesse - come pretendono i ricorrenti - che il matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani debba essere trascritto, in Italia, nel registro degli atti di matrimonio dello stato civile, si finirebbe (non solo per eludere la disciplina interna, ma anche) per garantire alle coppie *same sex* che abbiano celebrato matrimonio all'estero un trattamento ingiustificatamente diverso e, nella prospettiva dei ricorrenti, migliore, di quello riservato alle coppie che abbiano celebrato in Italia l'unione civile, che non possono che iscrivere l'atto nel registro delle unioni civili.

Quanto alla censura relativa alla previsione contenuta nell'art. 32-bis l. 218/95, che - in tesi - nella parte in cui prevede che il matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso produca gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana - avrebbe l'effetto di "declassare" il matrimonio estero a unione civile solo nel caso di cittadini italiani, è il caso di ricordare che sono trascrivibili nei registri dello stato civile i soli matrimoni contratti all'estero tra coniugi di cui almeno uno sia cittadino italiano, ovvero contratti in Italia ancorché entrambi i coniugi siano stranieri, ovvero i matrimoni contratti tra stranieri all'estero se i coniugi siano residenti in Italia e ne facciano apposita richiesta. Per il matrimonio contratto all'estero tra cittadini stranieri che non siano residenti in Italia non è prevista la possibilità di trascrizione dell'atto di matrimonio nei registri di stato civile.

Tanto premesso, va rilevato come la limitazione ai soli cittadini italiani contenuta nell'art. 32-bis citato sia coerente non solo con la finalità, dichiarata in occasione dei lavori preparatori, di evitare condotte elusive della disciplina interna, ma anche dalla necessità di non contrastare o stravolgere i principi del diritto internazionale privato che, nel caso di diversa cittadinanza dei coniugi, prevedono di regola l'applicazione della legge del luogo in cui la vita familiare è prevalentemente localizzata.

Le spese di lite, tenuto conto della natura della controversia, delle novità legislative intervenute nelle more del procedimento, e della sussistenza di interpretazioni contrastanti in ordine alla domanda originariamente avanzata, devono essere compensate.

P.T.M.

Visti gli artt. 95 e ss. D.P.R. 396 del 3 novembre 2000;
rigetta il ricorso.

...omissis...

Tribunale di Pescara, sezione civile famiglia

Ordinanza del 31 gennaio 2018

LEGAME GENITORIALE– ATTO DI NASCITA STRANIERO CON DUE MADRI –TRASCRIZIONE PARZIALE CON INDICAZIONE DELLA SOLA MADRE BIOLOGICA – ILLEGITTIMITÀ - CONTRARIETÀ ALL'ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE – INSUSSISTENZA – OBBLIGO DI TRASCRIZIONE INTEGRALE

Va trascritto integralmente in Italia un atto di nascita straniero, dal quale risulti che il nato è figlio di due donne e già riconosciuto parzialmente in Italia nei registri dello stato civile con riferimento alla sola madre biologica, non sussistendo contrasto con l'ordine pubblico internazionale.

Riferimenti normativi: artt. 17 e 18 d.P.R. 396/2000.

IL TRIBUNALE ORDINARIO DI PESCARA sezione civile FAMIGLIA

...omissis...

Premesso che le ricorrenti, coniugate, sono state riconosciute, in base alla legislazione spagnola, entrambi madri dei gemelli M. e V. (partoriti da *...omissis...*, da embrioni ottenuti da ovuli di *...omissis...*, fecondati da donatore anonimo di sperma);

che *...omissis...* essendo cittadina italiana, col consenso della consorte, ha richiesto per il tramite dell'Ambasciata d'Italia a Madrid, a norma dell'art. 17 d.P.R. 396/2000, la trascrizione degli atti di nascita dei minori indicati nei registri di stato civile italiani degli atti di nascita, in particolare la richiesta è stata inoltrata al Comune di *...omissis...*, luogo di nascita dell'avo materno della *...omissis...* e Comune di iscrizione AIRE della stessa, a norma del medesimo art. 17;

che, tuttavia, l'Ufficiale di Stato Civile del Comune di *...omissis...*, con nota del *...omissis...*, comunicò alle istanti il rifiuto alla trascrizione degli atti di nascita dei minori, ritenendo che l'indicazione negli atti stessi di due genitori di genere femminile costituisca ipotesi di contrarietà all'ordine pubblico ex. art. 18 d.P.R. 396/2000, come tale motivo di intrascrivibilità dell'atto;

che successivamente, in seguito alle rimozioni delle ricorrenti, eseguì una trascrizione parziale del nominativo della sola madre uterina, *...omissis...*;

acquisito il parere del Procuratore della Repubblica di Pescara, il quale ha concluso per l'accoglimento del ricorso, richiamando le sentenze della corte di cassazione n. 19599/16 e 14878/17;

ritenuto che nelle sentenze appena richiamate è stato affermato in maniera inequivoca che "è riconoscibile in Italia un atto di nascita straniero, validamente formato, dal quale risulti che il nato è figlio di due donne (una che l'ha partorito e l'altra che ha donato l'ovulo), atteso che non esiste, a livello di principi costituzionali primari, come tali di ordine pubblico ed immutabili dal legislatore ordinario, alcun divieto, per le coppie omosessuali, di accogliere e generare figli, venendo in rilievo la fondamentale e generale libertà delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia a condizioni non discriminatorie rispetto a quelle consentite dalla legge alle coppie eterosessuali" (in massima Cass. Sez. 1, Sentenza n. 19599 del 30/09/2016) e ancora che "Deve essere accolta la domanda di "rettificazione" dell'atto di nascita del minore nato all'estero e figlio di due madri coniugate all'estero, già trascritto in Italia nei registri dello stato civile con riferimento alla sola madre biologica, non sussistendo contrasto con l'ordine pubblico internazionale italiano" (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 14878 del 15/06/2017);

che questo Tribunale condivide l'indirizzo espresso dalla Corte di legittimità;

P.Q.M.

ordina al Sindaco del Comune di *...omissis...*, quale ufficiale di stato civile, la trascrizione integrale nei registri dello Stato Civile degli atti di nascita spagnoli dei gemelli M. e V. e, quindi, che venga aggiunto alla voce “madre” al nome di “*...omissis...*” quello di “*...omissis...*”.

...omissis...

GenIUS

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvv 2023 n. 4089/14 cron.

Codice ISSN: 2384-9495

genius@articolo29.it